



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais– FAJS

Bacharelado em Direito

GUSTAVO HENRIQUE PÔRTO DE CARVALHO

**ANÁLISE CRÍTICA DO FUNCIONALISMO POLÍTICO: OS DESAFIOS DO
DIREITO OCIDENTAL PERANTE A IDEOLOGIA DO SÉCULO XXI**

BRASÍLIA – DF

2016



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais– FAJS

Bacharelado em Direito

GUSTAVO HENRIQUE PÔRTO DE CARVALHO

**ANÁLISE CRÍTICA DO FUNCIONALISMO POLÍTICO: OS DESAFIOS DO
DIREITO OCIDENTAL PERANTE A IDEOLOGIA DO SÉCULO XXI**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB como um dos requisitos para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito sob
a orientação da Professora Dra. Aléssia
Barroso Lima Brito Campos Chevitarese.

BRASÍLIA – DF

2016

Agradecimentos

Primeiramente, rendo graças ao Deus altíssimo, digno de toda honra, glória e majestade, não só pela vida, mas pelo sentido de eternidade que a ela atribuiu através do sacrifício do seu Filho unigênito, em favor imerecido de tão pobre e caído pecador como eu. Maranata!

À minha noiva, Juliana Barbosa, por todo o amor, compreensão e fé depositadas em mim. Nada disso teria sido possível sem você, suas orações e suas palavras de perseverança que me ajudaram a erguer a cabeça em todos os momentos de dificuldade ao longo da minha primeira jornada acadêmica. Saber que vou tê-la ao meu lado por toda a vida me dá forças para continuar.

Aos meus pais, José Carvalho Jr. (*in memoriam*) e Elda Midian. Ao meu pai, pelo grande exemplo de homem, de pai e amigo que foi em vida. Sua memória estará sempre viva em mim a cada conquista, pelo exemplo de vencedor, a cada tropeço, por me ensinar a juntar os cacos e continuar lutando, e a cada gol do Galo, por ter compartilhado comigo essa paixão. À minha mãe, pelo exemplo de mulher guerreira e realizadora e pelas madrugadas investidas de joelho no chão intercedendo pela minha vida. A ambos, por terem me ensinado, dentro de casa, o propósito divino de uma família e pelo sacrifício constante que empreenderam para o sucesso e realização dos seus filhos. Essa vitória é de vocês.

Ao meu irmão, Ricardo Pôrto, pela amizade de toda vida, companheirismo e orações constantes. Aos meus sogros Damião Nunes e Simone Barbosa, por terem me acolhido como um filho e confiado a mim seu grande tesouro. Ao meu padrasto, Messias Vasconcelos por ter somado tanto em nossas vidas com seu exemplo de vida e caráter. Aos meus avós, Reis Belmiro e Henriqueta dias, tios, tias, primos e primas, pelas súplicas e votos de sucesso.

Aos colegas de curso e aos Mestres que muito contribuíram durante essa caminhada, em especial à Professora Dra. Aléssia Chevitarese, pela paciência e confiança com que me deu tanta liberdade criativa e cobrou tanto rigor metodológico ao mesmo tempo.

Sola gratia, Sola fide, Solus Christus, Sola scriptura, Soli Deo gloria

À Juliana, eterno amor da minha vida

“Dentre todas as tiranias, uma tirania exercida pelo bem de suas vítimas pode ser a mais opressiva. Talvez seja melhor viver sob um ditador desonesto do que sob onipotentes cruzadores da moralidade. A crueldade do ditador desonesto às vezes pode se acomodar, em algum ponto sua cobiça pode ser saciada; mas aqueles que nos atormentam para o nosso próprio bem irão nos atormentar indefinidamente, pois eles assim o fazem com a aprovação de suas próprias consciências.”

(C.S. Lewis)

Resumo

Nesta pesquisa buscou-se fazer uma análise crítica do funcionalismo político compreendido como ramo do funcionalismo jurídico de pressuposta racionalidade finalística que assume o direito, não pelo seu conceito, mas por seu objetivo, no caso, a emancipação dos espoliados e oprimidos segundo a ideologia neomarxista. A justificativa para se analisar essa questão é demonstrar que os problemas atuais da jurisdição não legitimam empreendimentos que objetivem, a partir do direito, transformar a realidade com base em enunciados ideológicos objetivamente injustificados sob pena de estar se colocando em risco a própria democracia e o Estado Democrático de Direito. Ao mesmo tempo, trazer luz ao debate político brasileiro que dá como superados o liberalismo clássico e o conservadorismo. Para perseguir esse objetivo empregou-se a metodologia teórica com o intuito de investigar, no primeiro capítulo, os sentidos da palavra ideologia e suas implicações, as raízes da modernidade sob uma concepção mais abrangente do Iluminismo e, considerações sobre as principais visões políticas da modernidade. No segundo capítulo, discorrer sobre o marco teórico acerca do que vem a ser o funcionalismo político, em qual contexto se manifesta e quais seus principais expoentes. E no terceiro capítulo, confrontar os pressupostos ideológicos irrestritos do funcionalismo político com visões restritas da realidade ocidental, evidenciar suas aporias e as barreiras para sua realização, e propor uma atitude conservadora em relação à Constituição. Ao final, concluindo que a suposta superação do modelo ocidental de jurisdição bem como do seu caráter civilizatório, é retórica inserida de cima (intelectuais) para baixo (sociedade), e que não há sólida justificativa para se aceitar o funcionalismo político como alternativa ao normativismo.

Palavras-chave: Funcionalismo político. Jurisdição. Ideologia. Realidade. Neomarxismo. Liberalismo. Conservadorismo. Alternativismo. Teoria Crítica. Escola de Frankfurt.

Abstract

In this research it sought to do a critical analysis of political functionalism understood as a branch of juridical functionalism of presupposed purposive rationality that assumes the law, not for their concept, but for their object, in case, the emancipation of the fleeced and the oppressed ones. The justification for analyzing this question is to demonstrate that the current problems of jurisdiction do not legitimize projects that aim, from the law, to transform the reality based on ideological statements objectively unjustified under penalty of putting in risk the democracy and the rule of law themselves. At the same time, bring light to the Brazilian political debate that gives over to classical liberalism and conservatism. To pursue this goal, we used the theoretical methodology in order to investigate, in the first chapter, the sense of the word ideology and their implications, the roots of modernity in a more comprehensive conception of the Enlightenment and considerations on the main political views in modernity. In the second chapter, expatiate about the theoretical framework of what has to be the political functionalism, in which context manifests itself and what its main exponents. And in the third chapter, confront the ideological unrestricted assumptions of political functionalism with restricted views of Western reality, showing their contradictions and the barriers to its implementation, and propose a conservative attitude towards the Constitution. At the end, concluding that the alleged overcoming the Western model of jurisdiction as well as their civilizing character, is rhetorical inserted from above (intellectual) to down (society), and that there is no solid justification to accept the political functionalism as an alternative to normativism .

Key Words: Political Functionalism, Jurisdiction, Ideology, Reality, Neomarxism, Liberalism, Conservatism, Alternativism, Critical Theory, Frankfurt School.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 IDEOLOGIA, O QUE É?	13
1.1 Sentidos de Ideologia	13
1.2 As Principais Correntes de Pensamento na Modernidade	17
1.2.1 Liberalismo	20
1.2.2 Conservadorismo	26
1.2.3 Socialismo	30
2 FUNCIONALISMO POLÍTICO	36
2.1 O sentido da jurisdição e suas alternativas	36
2.1.1 O Normativismo Legalista (Juspositivismo)	38
2.1.2 O Jurisprudencialismo	40
2.1.3 O Funcionalismo Jurídico.....	41
2.2 O que é funcionalismo político?	43
2.3 Pressupostos ideológicos do funcionalismo político.....	45
2.4 Principais movimentos	48
2.4.1 <i>Critical Legal Studies</i>	49
2.4.2 Uso Alternativo do Direito	52
2.4.3 O Direito Achado na Rua	54
3 ANÁLISE CRÍTICA DO FUNCIONALISMO POLÍTICO	57
3.1 A problemática das visões ideológicas do Funcionalismo Político	57
3.1.1 Perspectivas sobre a natureza humana	59
3.1.2 Perspectivas sobre Igualdade.....	60
3.1.3 Perspectivas sobre Liberdade	61
3.1.4 Perspectivas sobre Justiça Social.....	61
3.2 Paradoxos e incongruências do Funcionalismo Político	63
3.3 Barreiras metodológicas para a realização do Funcionalismo Político	67
3.4 O Brasil e a “sociologia da virtude”	70
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS	76

INTRODUÇÃO

Na virada do século, A. Castanheira Neves afirmou, “Estamos num tempo em que se joga o destino humano-cultural do Ocidente. Aí onde se forjou a mais alta civilização da história [...]” (NEVES, 1998, p. 43). Mais de uma década se passou e o novo século continua a refletir a ebulição cultural, política e histórica que se observou durante o séc. XX e que nos possibilita constatar que tal “destino humano-cultural” ainda está em jogo. De lados opostos e multifacetados estão os jogadores e suas complexas visões ideológicas, incompreensíveis sem que se debruce sobre o questionamento feito por Thomas Sowell, “Quais pressupostos fundamentais existem por trás das tão variadas visões ideológicas de mundo em disputa nos tempos modernos?” (SOWELL, 2012, p. 11). As consequências do encontro de tais pressupostos, que Sowell chama de “conflito de visões”, são percebidas nas mais variadas formas dentro da sociedade, desde o impacto sobre a tomada de decisões individuais, até a organização e definição de competências institucionais.

A justiça, por conseguinte, tanto em seu sentido orgânico como filosófico, por estar sensível aos fenômenos sociais, também está no raio de repercussão da disputa ideológica. Nesse contexto, a evolução do sistema judicial na tradição Ocidental tem suscitado, cada vez mais, questionamentos sobre o papel do juiz na aplicação do direito, as influências da cultura e da legislação nas decisões judiciais e sobre o próprio sentido do Direito em uma sociedade plural.

Diante desses questionamentos, o funcionalismo político emerge, não somente como suposta crítica ao *status quo*, mas como alternativa a uma pressuposta superação da sociedade pautada no individualismo liberal por uma sociedade plural e comunitária. A. Castanheira Neves define o funcionalismo político como ramo do funcionalismo jurídico que vai além da compreensão do direito como um instrumento político, incutindo-o diretamente um assumido objetivo político. Mas o que de fato o caracteriza é o compromisso ideológico com a crítica radical gestada no Instituto para Pesquisa Social, costumeiramente chamado de Escola de Frankfurt. Tal compromisso materializa-se à medida que o direito se transforma no próprio agente realizador da utopia, crítico-ideológica, da emancipação, de orientação neomarxista.

Assumindo como marco teórico então as definições e problematizações sobre funcionalismo político contidas no ensaio “Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre

Sistema, Função e Problema – Os modelos actualmente alternativos da realização juridiscional do Direito”, de A. Castanheira Neves (1998), o principal objetivo da pesquisa será investigar os pressupostos teóricos, históricos e ideológicos do funcionalismo político, identificando a relação do que se propõe com as intenções políticas de tais pressupostos e demonstrar que se trata de incursão ideológica vertical empreendida por intelectuais sobre a sociedade.

A metodologia do trabalho terá viés interdisciplinar, abarcando o desenvolvimento histórico das principais linhas de pensamento político da modernidade, quais sejam: o liberalismo, o conservadorismo e o socialismo, não apenas pela sua relevância no mundo ocidental, mas por basicamente darem origem as demais vertentes que se possam considerar. Tal análise seguirá dialogando, a todo instante com a filosofia do direito e com a ciência política em uma pesquisa eminentemente teórica. Buscar-se-á, desta forma, desenvolver uma análise crítica do funcionalismo político destacando a problemática de sua realização e promover uma reflexão acerca dos riscos de se trocar os modelos vigentes de aplicação do direito por operadores do direito ideologicamente orientados.

O Problema da pesquisa reside na compreensão do direito como um instrumento político advogada pelo funcionalismo político. Como vimos na definição de A. Castanheira Neves, este se orienta pela utopia e na emancipação dos espoliados e oprimidos, assumindo seu claro viés neomarxista, alçando como condição necessária para a sua realização o surgimento do “jurista político” e de uma “teoria política do direito”, comprometida ideologicamente com uma nova sociedade que se pretende trazer a existência, sucedendo o modelo liberal consagrado no Ocidente. Neves aponta alguns movimentos intelectuais que personificam o funcionalismo político, como a “teoria crítica do direito”, o “Critical Legal Studies Movement”, o “uso alternativo do direito” e, no caso brasileiro, podemos ainda incluir o “direito achado na rua”. E daqui se extrai o problema central:

- 1) O funcionalismo político parte da premissa da superação da sociedade “individualístico-liberal” por uma sociedade “pluralístico-social”, bem como do modelo de jurisdição que se consagrou em seu bojo. Essa superação existe de fato? Há elementos que nos permitam afirmar categoricamente que tal “transformação” origina-se na sociedade, ou

ela advém de retórica ideológica inserida de cima (intelectuais) para baixo (sociedade)?

Evidentemente, uma visão utópica e “libertadora” de sociedade, com seus novos parâmetros de justiça apresentará uma série de problemas quanto a sua realização e finalidade quando forem levados em consideração seus pressupostos ideológicos, políticos e históricos. Desta forma, têm-se como problemas secundários:

- 1) Tomando como base as concepções ideológicas dos movimentos que materializam o funcionalismo político e as confrontando com visões restritas, historicamente defendidas por liberais e conservadores, é possível demonstrar que seus pressupostos quase sempre os conduz a um resultado divergente do que o que se queria produzir?
- 2) Na correspondência entre o funcionalismo político e seus pressupostos ideológicos, é possível estabelecermos um diálogo entre as intenções “libertadoras” dos movimentos, a práxis revolucionária, os meios de ação política e a relação destes com o poder, evidenciando os paradoxos e incongruências que surgem dessa análise?

Diante da estruturação do problema e marco teórico apresentado, a pesquisa se desenvolverá em torno dos seguintes postulados: considerando que o funcionalismo político, como classificação genérica dos vários movimentos que abrange, pressupõe o instrumental ideológico neomarxista e a práxis política progressista, afirma-se que, tanto o seu diagnóstico da realidade social, quanto sua solução, ou falta desta, não são suficientes para justificar e promover a transformação verticalizada da civilização ocidental com base em suas crenças em enunciados não justificados objetivamente. Levando em consideração também, que o funcionalismo político se orienta para o resultado que quer produzir independentemente do processo, os custos não justificarão a alternativa. E ainda, considerando que o funcionalismo político no Brasil, surge em um contexto de redemocratização e afirmação da nova Constituição, pode-se afirmar que, consolidada a nova república, a opção pelo pluralismo jurídico e pelo direito alternativo enfraquecem a democracia.

O presente trabalho se justifica pela atualidade do seu tema, pois diante dos diversos desafios que o ocidente atravessa no novo século, toda mudança de paradigma exige prudência daqueles que detém e disputam o poder para que os erros cometidos no passado não se repitam, e para que os resultados produzidos não sejam os mesmos.

As evoluções da sociedade, do mercado, da tecnologia, das relações pessoais, e seus impactos na atuação do Estado, na metodologia jurídica e na realização de objetivos sociais são latentes e, cada vez mais, exigem adaptações. Entretanto, o dinamismo necessário para responder a tais exigências, nem sempre, vem acompanhado do discernimento necessário para ponderar os riscos. O imaginário coletivo clama por mudança, mas esta não é sinônimo de progresso. Eis o grande desafio do moderno Estado Democrático de Direito: encontrar a medida da prudência e o limite da mudança, em suma, o equilíbrio.

Diante de tão grande desafio, entretanto, a utopia socialista costuma oferecer um novo mundo de possibilidades mais “excitantes” que a prudência conservadora, mas ao mesmo tempo não propõe exatamente onde quer chegar. Foi assim com o marxismo tradicional, é assim com o neomarxismo frankfurtiano. O funcionalismo político emerge então como realizador dessa justiça utópica, propondo “libertação” e “emancipação” resultantes de uma postura ativista do jurista ideologicamente orientado, todavia, sua efetivação parece esbarrar nos limites impostos pela realidade.

Pessoalmente, este trabalho satisfaz a motivação de trazer luz ao debate político nacional, prejudicado por pressupor a superação do liberalismo clássico e do conservadorismo, quando estas visões representam forças políticas relevantes e civilizatórias nas democracias mais estáveis e longevas do planeta.

Isto posto, o trabalho tem como objetivos principais: a) Investigar os pressupostos teóricos, históricos e ideológicos do funcionalismo político, identificando a relação do que se propõe com as intenções políticas de tais pressupostos e apontar as incongruências de suas vertentes com base na realidade já estabelecida no desenvolvimento das democracias liberais, e assim, evidenciar os vários paradoxos criados entre sua natureza crítica e a ausência de soluções propositivas para os problemas que diz combater. E, b) Comparar os movimentos que caracterizam o funcionalismo político entre si e extrair as similitudes existentes em seus meios de ação que os permitem serem enquadrados em um conjunto de princípios, práticas e

objetivos comuns, que possibilitará o desenvolvimento de uma análise crítica e dialética à luz do clássico liberalismo e do conservadorismo.

Estes objetivos são complementados pelos seguintes objetivos específicos: a) Demonstrar os riscos do ativismo revolucionário no âmbito do direito e, conseqüentemente, provocar uma reflexão acerca do custo social que transformações profundas podem implicar. b) Demonstrar através do desenvolvimento histórico do ideário socialista a continuidade do movimento revolucionário desde o século XVIII e que a diferença basilar do marxismo tradicional para o neomarxismo reside, principalmente, na mudança dos meios de ação. c) Abordar diferentes aspectos do pensamento liberal e do conservadorismo, trazendo ao debate autores relevantes internacionalmente, porém pouco enfatizados pela academia brasileira, tais como Thomas Sowell, Roger Scruton, Gertrude Himmelfarb, Russell Kirk e Eric Voegelin. E, d) Propor uma atividade conservadora da justiça, com base na prática reformista, preservando as instituições democráticas, as liberdades e as limitações ao poder estatal, verdadeiras conquistas da civilização Ocidental, elegendo a prudência como norte da ação judicante.

Para perseguir esses objetivos, este trabalho será organizado em três capítulos. O primeiro discorrerá sobre a significação de ideologia, trazendo uma síntese de como as visões políticas se desenvolveram ao longo da história e como repercutiram direta ou indiretamente na aplicação do direito. O segundo tratará do funcionalismo político propriamente dito, seus sentidos, pressupostos ideológicos e históricos, principais escolas e movimentos e seus contextos de luta. O terceiro capítulo será dedicado à análise crítica do funcionalismo político, onde se pretende promover um diálogo entre este e a realidade social, e julgando-o à luz das visões restritas compartilhadas pelo liberalismo clássico e pelas ideias conservadoras.

Em suma, a crítica que se faz através dessa pesquisa tem o condão de alçar a prudência e a responsabilidade à condição de princípios a serem observados pelo operador do direito. Uma civilização se constrói e se mantém com a humildade para aprender com os erros e acertos do passado, preservando ou alterando, no presente as demandas da sociedade com sobriedade, e olhando para o futuro com a responsabilidade de quem colherá os frutos do que foi semeado em nossos tempos.

1. IDEOLOGIA, O QUE É?

O Estado Democrático de Direito tem no pluralismo político um de seus fundamentos basilares. Naturalmente, em países culturalmente heterogêneos como o Brasil, com dimensões continentais e imenso potencial econômico, bem como em todo o Ocidente, a disputa pelo domínio deste constitucional “estamento burocrático”, não poucas vezes, acaba por transformar-se em uma verdadeira batalha campal.

Embora seja possível listar inúmeros fatores que motivam a luta pelo poder, há de se reconhecer a influência das ideologias nos rumos que as decisões políticas são tomadas e nas consequências que alcançam aqueles que, a priori, preferem não se envolver diretamente com elas. Este é um alto preço que se paga pela vida em sociedade e que se impõe sobre os cidadãos ainda que estes não tenham optado em viver desta forma.

Ideologias têm atuado de maneira decisiva na construção e destruição de civilizações. Revoluções e guerras que experimentamos na era moderna foram resultados diretos de empreendimentos ideológicos verticalizados, encampados por insistentes e autoproclamadas lideranças iluminadas que brincam com concepções ideais do mundo enquanto, ao grande contingente humano que está fora das trincheiras ideológicas, e em alguns casos em trincheiras reais em nome dos primeiros, resta o confronto direto, não poucas vezes, duro e cruel com a realidade.

Antes que entremos diretamente no problema central da pesquisa, portanto, se faz necessário percorrer brevemente os conceitos e sentidos de ideologia, a origem das principais ideias políticas da era moderna, suas concepções de direito e instituições e quais os seus limites em um Estado Democrático de Direito.

1.1 Sentidos de Ideologia

Embora seja um termo de difícil conceituação, ideologia é um termo empregado com bastante frequência em todo tipo de situação. Uma mera discussão política em um almoço dominical com a família ou uma reunião entre amigos, ainda que distantes do meio acadêmico será permeada de sentidos populares para o termo como: sistema de crenças políticas,

princípios que orientam a ação política, visão de mundo de uma classe ou grupo, doutrina que se pretende verdadeira, dentre outros.

Na toada da Revolução Francesa e sob a égide do iluminismo, Destutt de Tracy foi quem primeiro lançou mão do termo ideologia. Para o autor, ideologia seria uma nova “ciência das ideias” através da qual seria possível mapear suas origens proporcionando “o verdadeiro fundamento para todas as demais ciências” (CRESPIGNY; CRONIN, 1999, p.6), já que todas as formas de pesquisa fundamentam-se em ideias, sugerindo, inclusive, “que a ideologia acabaria sendo reconhecida como a rainha das ciências” (HEYWOOD, 2010, p. 18).

Em que pese à ousadia de Tracy, essa concepção não gozou de muita influência no desenvolvimento das ideias políticas. Quem realmente alçou o termo ao campo essencial da discussão política foi Karl Marx com seu conceito clássico de ideologia, tal qual apresentado em sua obra *“A Ideologia Alemã”*, escrita em colaboração com Friedrich Engels (MARX; ENGELS, 1998, p.48):

“Os pensamentos da classe dominante são também, em todas as épocas, os pensamentos dominantes; em outras palavras, a classe que é o poder material dominante numa determinada sociedade é também o poder espiritual dominante. A classe que dispõe dos meios da produção material dispõe também dos meios de produção intelectual, de tal modo que o pensamento daqueles aos quais são negados os meios de produção intelectual está submetido também à classe dominante.”

Da perspectiva do marxismo, seja da obra de Marx e Engels ou dentro da tradição levada a diante por seus seguidores, é possível interpretar ideologia de três formas diferentes. A primeira trata a ideologia como “falsa consciência”, uma verdadeira subversão e inversão da realidade que mascara um esquema de poder da burguesia sobre o proletariado em um processo dialético no qual Lukács chega a afirmar que o proletariado é o portador da “verdadeira consciência”. A segunda, como afirmam Crespigny e Cronin, consiste na “interpretação da ideologia como mero reflexo da infra-estrutura econômica” (CRESPIGNY; CRONIN, 1999, p.7), ou seja, uma mera resposta mecânica ao modo de produção dominante.

A terceira, não se resume a uma crença falsa ou a um reflexo de algo preexistente, mas como um sistema de ideias existente em toda sociedade. Essa acepção encontra respaldo nas

obras de Gramsci e posteriormente Althusser. Para os autores, a ideologia é orgânica e atua sobre os comportamentos e hábitos do indivíduo, refletindo nas estruturas de dominação social. É inconsciente, está dispersa em todas as instituições sociais, da família ao Estado, da igreja aos meios de comunicação. Tal interpretação foi essencial na elaboração do conceito gramsciano (COUTINHO, 2003) de hegemonia, segundo o qual a ideologia da classe burguesa é inconscientemente disseminada em todas as esferas da sociedade até que se torne senso comum.

Curiosamente, a natureza crítica do termo ideologia em Marx e em seus seguidores se aplica ao que chamamos de marxismo. Se o analisarmos pelas concorrentes definições extraídas de sua própria tradição, concluiremos que o próprio marxismo é uma ideologia, com suas visões, axiomas e dogmas próprios. Este caráter é denunciado pelo próprio comportamento desta ideologia quando confrontada, como observa Ludwig von Mises (MISES, 2010, p. 46):

“O marxismo, das alturas de seu “socialismo científico”, acredita-se capacitado a olhar com desdém sobre o romantismo e os românticos. Na realidade, porém, seu próprio comportamento não difere do comportamento destes. Ao invés de remover os empecilhos que se colocam no caminho da realização dos seus desejos, também o marxista prefere que todos os obstáculos simplesmente desapareçam na bruma da fantasia.”

Revestir-se de socialismo científico ao passo em que se apoia em enunciados injustificados como “a história de todas as sociedades que existiram até hoje é a história de lutas de classes” (MARX; ENGELS, 2000, p. 45), parece lugar comum entre os ideólogos críticos. Ao tratar deste enunciado, por exemplo, Eric Voegelin identifica que “certos preceitos ideológicos foram desenvolvidos em flagrante contradição com fatos históricos bem conhecidos à época de sua formulação, sobretudo pelos ideólogos” (VOEGELIN, 2007, p. 128), o que evidencia a dificuldade de fundir ideologia e ciência sem que se suprima esta última. Voegelin completa (VOEGELIN, 2007, p. 128):

“Se os ideólogos podem fazer essa propaganda sem sentido e escapar impunes por mais de um século, não se deve esperar que a expansão de nosso conhecimento histórico pela ciência progrida ao lado da corrupta presença do epígono ideológico em nosso próprio tempo.”

Em que pese à crítica contundente de Mises e Voegelin, o conceito de ideologia está longe de ser monopólio do marxismo, tampouco só a ele se aplica. Voegelin é categórico ao condenar a ideologia de modo amplo quando afirma “as ideologias, seja o positivismo, o marxismo ou o nacional-socialismo, constroem edifícios intelectualmente insustentáveis” (VOEGELIN, 2007, p. 79). Karl Mannheim dedicou parte de seu esforço intelectual para desenvolver um conceito não-marxista de ideologia. Segundo Heywood, Mannheim descrevia “as ideologias como sistemas de pensamento que servem para defender determinada ordem social e que expressam em sentido amplo os interesses de seu grupo dominante ou governante” (HEYWOOD, 2010, p. 22), mas que também são contextualizadas e moldadas pelo meio social, sem que se restrinjam as implicações negativas do termo ou a ideia de falsidade.

Voltando a relação entre ideologia e ciência, Luis Villoro afirma que “ideologia é um conjunto de enunciados não justificados objetivamente” (VILLORO, p.27, tradução nossa), que induzem o receptor a acreditar neles sem razão suficiente para tanto, mas por motivos psicológicos alheios como mero interesse ou preferência. Por esta razão, Kelsen rejeitava que uma ciência do Direito devesse levar em consideração tal tipo de enunciado, de modo que seja “claramente distinguida de uma filosofia da justiça” (KELSEN, 1998, p. 8), seja em seu aspecto moral, seja em seu aspecto ideológico. Villoro parece concordar com Max Weber como observara Voegelin ao analisar as últimas palestras deste, “as ideologias são os chamados “valores” que toda ação deve pressupor, mas que em si mesmos, não são proposições científicas” (VOEGELIN, 2007, p. 31). Villoro completa (VILLORO, p.27, tradução nossa):

“O conceito de ideologia é, portanto, insuficiente como um conceito teórico, se reduziu a um mero conceito gnosiológico. Em efeito, neste caso, é limitado para caracterizar afirmações infundadas, que podem incorrer em falsidade, mas não fornece uma explicação adequada para a existência de tais declarações. Para explicá-lo, teria de lançar mão de outros conceitos psicológicos.”

Ao observar a insuficiência e perceber o elemento psicológico na construção de uma narrativa ideológica, Villoro chega a três conclusões com as quais se pode encerrar essa definição preliminar de ideologia. Primeiramente, um conceito puramente sociológico de ideologia, o enunciado *per se*, é exíguo. A ideologia só pode prosperar quando locupletada

por outra disciplina para fugir do erro e da falsidade, que não se resumirá apenas em uma crença insuficientemente justificada, mas desta aliada a um objetivo social determinado.

Em segundo lugar, para determinar que uma crença é ideológica, investigar-se-á se tal objetivo social determinado consiste em promover o poder de um grupo. E, por último, Villoro afirma que o conceito de ideologia abre um campo novo de investigação: o uso social da linguagem como processo de mistificação.

Definidos aspectos sobre ideologia, passemos para uma investigação histórica das principais ideias políticas da modernidade e como os sentidos de ideologia atuaram, ora na sua concepção, ora no seu objetivo e ora na sua maneira de enxergar o mundo.

1.2 As Principais Correntes de Pensamento na Modernidade

O que trivialmente entendemos por ideias políticas é fruto de um longo processo de desenvolvimento do pensamento humano cujo início não se pode destacar com precisão, embora seja possível pinçar como referências a filosofia grega, a continuidade da ordem histórica que passa pela imponente do império romano, a cristianização da Europa que resulta no conveniente encontro do pensamento grego com a cosmovisão cristã, até o episódio que marca o início da modernidade, e que será o recorte para análise das visões políticas contemporâneas: o Iluminismo.

O iluminismo é compreendido como um momento histórico de verdadeira efervescência intelectual, propulsionado por diferentes autores e escolas de pensamento que lançaram as bases do pensamento moderno em meados do século XVIII. Vulgarmente, muitos autores se referem ao iluminismo como uma espécie de movimento homogêneo alicerçado na racionalidade humana, que introduziram a humanidade na “era da razão”, pelos motivos que Gertrude Himmelfarb analisa em sua obra *“Os Caminhos para a Modernidade”*, e que partem da percepção de que “o estudo do iluminismo é tradicionalmente focado na França, sobre as ideias criadas pelos *philosophes* e na ampla exportação delas ao mundo” (HIMMELFARB, 2011, p. 13).

A percepção da autora a desafia a fazer um resgate histórico do período, não só trazendo ao debate a importância dos iluminismos britânico e americano, que foram

diametralmente opostos ao francês em alguns aspectos, mas colocando o britânico no centro do Iluminismo. A despeito das diferenças, o Iluminismo anglo-saxão possuía traços em comum com o francês os quais Himmelfarb destaca: “um respeito pela razão e pela liberdade, pela ciência e indústria, justiça e bem-estar” (HIMMELFARB, 2011, p. 35). Esse resgate e a consequente separação das vertentes iluministas facilitará o entendimento das principais visões políticas contemporâneas a seguir. Nesse sentido, destaca (HIMMELFARB, 2011, p. 17):

“Trazer o Iluminismo britânico ao palco da história – isto é, ao centro do palco –, é redefinir a própria ideia de iluminismo. Na litania de traços associados ao iluminismo – razão, direitos, natureza, liberdade, igualdade, tolerância, ciência, progresso –, “razão” invariavelmente encabeça a lista. O que é conspicuamente ausente é “virtude”. Mas foi “virtude”, mais do que “razão”, que teve primazia no iluminismo britânico; não a virtude pessoal, mas as “virtudes sociais” – compaixão, benevolência, simpatia –, que, assim como acreditavam os filósofos britânicos, natural, instintiva e habitualmente unem as pessoas. Eles não negavam a razão; não eram de modo algum irracionalistas. Mas deram à razão um papel secundário, instrumental, diferente do papel primário e determinante dado a ela pelos *philosophes*. Resgatar a proeminência do iluminismo britânico é, portanto, voltar a atenção a um tema normalmente dissociado do Iluminismo, que é a ética social explícita ou implícita em cada um desses Iluminismos.”

A busca pela virtude, que influenciou a filosofia britânica, e por sua vez, o espírito americano, buscava na tradição moral sua essência e, ao contrário dos *philosophes*, não tinha o ímpeto revolucionário que se viu na França, onde a razão humana era o fim último da construção de um novo homem. Outro aspecto que podemos destacar neste primeiro momento é a relação que estes movimentos intelectuais tinham com a religião. Onde a razão francesa encontrava um obstáculo, a virtude britânica via um farol moral, não obstante, até os dias de hoje percebemos a profunda relação do protestantismo com a cultura anglo-saxã, o que já não se pode dizer da França em relação a sua tradição católica. Sobre isso, a autora destaca (HIMMELFARB, 2011, p. 32-33):

“Os britânicos podiam simpatizar com a hostilidade dos *philosophes* para com uma igreja papista e uma monarquia autoritária, ambas descartadas por eles próprios, e os franceses podiam admirar a liberdade religiosa e política que encontravam na Inglaterra e que tanto almejavam, mas ambos perseguiam o iluminismo para si e para

seus compatriotas de modos bastante diferentes. Na França, a essência do iluminismo – literalmente sua *raison d'être* – foi a razão. “Razão é para o filósofo”, declarava a *Encyclopédie*, “o que a Graça é para o cristão”. Certamente, isso não valia para Rousseau e Montesquieu, mas valia para Voltaire, Diderot, D’Alembert e a maioria dos que contribuíram para a *Encyclopédie*. A ideia de razão definiu e permeou o Iluminismo como nenhuma outra. Em certos sentido, o Iluminismo francês foi uma Reforma atrasada, uma Reforma empreendida não por uma religião mais excelsa e mais pura, mas por mais excelsas e puras autoridade e razão. Foi em nome da razão que Voltaire lançou sua famosa declaração de guerra contra a Igreja, “*Écrasez l’infâme*” [Esmague o infame], e Diderot propôs “enforcar o último rei com as tripas do último padre”.”

A autora destaca a relação dos britânicos e americanos com a religião, mais especificamente, com o cristianismo reformado, quando afirma que (HIMMELFARB, 2011, p. 34):

“A força propulsora do iluminismo britânico não foi a razão, mas as “virtudes sociais” ou “afecções sociais”. Na América, foi a liberdade política a força motriz de seu iluminismo, bem como o motivo de sua revolução e a base para a república. Para os filósofos morais britânicos e para os fundadores americanos, a razão foi um instrumento para a obtenção de um fim social mais amplo, e não o fim em si. E, para ambos a religião foi uma aliada, não uma inimiga.”

Pelo breve exposto até aqui, Himmelfarb divide o Iluminismo em suas versões britânica, francesa e americana, as quais chama respectivamente, “sociologia da virtude”, “ideologia da razão” e “política da liberdade”. A primeira, pois os “filósofos morais britânicos eram mais sociólogos do que filósofos; preocupados com o homem em relação à sociedade, eles viam as virtudes sociais como base para uma sociedade saudável e humana” (HIMMELFARB, 2011, p.35). A segunda, pois os “franceses tinham uma missão mais excelsa: fazer da razão o princípio condutor tanto da sociedade quanto das mentes; “racionalizar” por assim dizer, o mundo” (HIMMELFARB, 2011, p.35). E a terceira, pois os americanos “visavam criar uma “nova ciência da política”, que estabeleceria a nova república sobre a sólida fundação da liberdade” (HIMMELFARB, 2011, p.35).

Uma análise comparativa detalhada das divergências e intersecções dos diferentes Iluminismos se faz necessária para entendermos a era moderna e como e porque alguns autores ousam dizer que já entramos na pós-modernidade. Entretanto, esta breve introdução à

obra de Himmelfarb limitou-se, neste trabalho, a contextualizar o que vem a seguir: uma síntese das principais ideias políticas de nossos tempos.

Há muita confusão, inclusive no meio acadêmico e, principalmente no meio político, sobre definições de ideologia e posicionamentos políticos. Essa confusão se dá, em parte, pela dificuldade de sistematização das ideias. O liberalismo, por exemplo, gravitou, ora pela influência do iluminismo britânico, onde se aproxima do conservadorismo em muitos aspectos, ora pelo iluminismo francês, onde assumiu uma face revolucionária que deu ensejo ao democratismo.

Ao passo que o desenvolvimento das ideias liberais evolui, uma imensa gama de novas terminologias foi surgindo para atender os mais variados interesses políticos e acadêmicos, a direita e a esquerda, como “neoliberalismo”, “neoconservadorismo”, “libertarianismo”, “liberalismo igualitário”, “fusionismo” ou “liberal-conservadorismo”, dentre outras. Do mesmo modo, apesar de dificilmente podermos afirmar que o socialismo sofreu influência do iluminismo britânico, também passou por espécies de “reformas”, ora com uma postura mais conciliadora, ora simplesmente alterando seus meios de ação preservando sua natureza transformadora, quando encarnava o iluminismo francês e, em alguns casos, como na URSS, o próprio “espírito jacobino”.

A despeito das inúmeras ramificações, os próximos tópicos tem o objetivo de sistematizar tais ideias políticas em três principais grupos dos quais, via de regra, estas outras ramificações citadas acima se originam e, também, por serem estas os balizadores da análise do objeto desta pesquisa.

1.2.1 Liberalismo

O liberalismo, segundo Antônio Paim é inaugurado na obra de John Locke, que em seu “*Segundo Tratado Sobre o Governo*”, formula a doutrina de que o poder vem da representação, e essa, por sua vez, é de interesses, não apenas econômicos, mas muitas vezes morais e religiosos. Fundado sobre um contrato social sobre o qual “o fim maior e principal para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeterem-se a um governo é, portanto, a conservação de sua propriedade” (LOCKE, 1998 p. 495), e sob a égide de uma lei natural que garante a todos os indivíduos o direito a vida, a liberdade e a propriedade. Sua teoria do

sistema representativo em muito colaborou com o desenvolvimento das democracias ocidentais. Locke teve participação decisiva na coordenação do que se chamou Revolução Gloriosa, que não foi uma revolução no sentido “francês” do termo, mas consolidou a monarquia constitucional inglesa sob os fundamentos da liberdade.

Immanuel Kant também dedicou linhas em sua vasta obra à formulação do estado liberal. Foi um dos primeiros pensadores a afirmar que o Estado não possuía fins próprios e não deveria buscar a felicidade de seus súditos, e sim garantir a liberdade para que cada indivíduo perseguisse a sua felicidade de acordo com leis universais, liberdade esta, compreendida como “faculdade de fazer tudo o que se quiser, contanto que a ninguém se faça uma injustiça” (KANT, 2008, p. 11), sem deixar de reconhecer que em todas as grandes civilizações que precederam a civilização ocidental encontrava-se o elemento da moralidade como fundante e aperfeiçoadora da vida em comunidade.

Kant, assim como Locke, reafirmou o postulado da igualdade no liberalismo, entendida em seu aspecto formal, e não material, ou seja, o princípio de que todos são iguais perante a lei pra perseguir seus objetivos de vida, e não que todos são economicamente iguais, ou pior, essencialmente iguais.

Com base nestes postulados e no avanço da liberdade econômica, o liberalismo consolidou-se na Inglaterra do século XVIII, como afirma Antônio Paim (PAIM, 1987, p.58):

“Assim foi a experiência inglesa – de consolidação do Parlamento e da fixação das formas e limites da convivência democrática na sociedade – que forneceu os contornos nítidos do que posteriormente se denominou de sistema representativo, democracia liberal ou Estado de Direito, permitindo distingui-lo do chamado *democratismo*, fenômeno muito presente na cultura luso-brasileira e que, em diversas circunstâncias, foi confundido com liberalismo.”

Em que pese ter evocado o direito natural em sua sustentação da propriedade, Locke não compactuava com “a crença em um “senso moral” que se presumia ser inato ao espírito humano [...], de tal modo arraigado na sensibilidade humana, na forma de simpatia e sentimento de solidariedade” (HIMMELFARB, 2011, p, 42-43), como criam os filósofos morais britânicos, como Adam Smith, por exemplo, mas entendia que a virtude era fruto das sensações e manifestava-se como escolha correta por ser pura e simplesmente, vantajosa.

Ainda que tenha em Locke um de seus baluartes, o Liberalismo desenvolveu-se no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, alicerçado em uma profunda tradição moral que pode ser condensada pela indagação de Tocqueville, “Como seria possível que uma sociedade escapasse da destruição se os laços morais não são fortalecidos na mesma proporção em que são relaxados os laços políticos? E o que se poderia fazer com um povo que é seu próprio senhor se não se submete à Divindade?” (TOCQUEVILLE apud PENNA in PAIM, 1987, p. 54).

A experiência do democratismo na Revolução Francesa exemplifica bem os traços morais que distinguem o liberalismo perante os diferentes iluminismos como mostra Himmelfarb. O liberalismo caminhou em sentido diverso quando analisado pela perspectiva do iluminismo francês, e não por menos, obteve resultados diferentes do que se alcançou na Inglaterra e depois, nos Estados Unidos. As crenças dos *philosophes* em valores como revolução, evolução e restauração iam de encontro ao que acontecia na Inglaterra, e terminou por gerar o democratismo e seus irreparáveis custos sociais. Souza ao explicar o democratismo escreve (SOUZA, in PAIM, 1987, p. 29-30):

“O *democratismo* – que também viria a ser denominado de *liberalismo radical* em sua fase inicial – nutria-se da suposição veiculada por Rousseau de que o homem seria um *bom selvagem*, tendo sido estragado pela sociedade. Deixá-lo inteiramente livre seria a forma de chegar-se a uma sociedade próxima da perfeição. As tentativas de levar semelhante ideário à prática acarretaram sacrifícios inúteis. O propósito de alcançar a “purificação” pelo emprego em massa da guilhotina mostrou como a falácia de que “todos são bons” é apenas o momento de transição para identificação dos “bons” com os próprios acólitos, o que autorizaria a passagem subsequente à eliminação física dos oponentes. O *democratismo* mostrou-se o caminho mais curto para o totalitarismo, forma de organização política da sociedade que floresceria plenamente no século XX, através do nacional-socialismo e do marxismo-leninismo, na Alemanha nazista e na Rússia soviética.”

O romantismo e o racionalismo presentes na filosofia francesa foram duramente criticados por autores como Burke e o próprio Tocqueville, para quem “o caráter da filosofia do século XVIII era uma espécie de adoração do intelecto humano, uma confiança ilimitada em seu poder de transformar, à vontade, as leis, as instituições e os costumes”. Penna aponta que Tocqueville havia notado, inclusive, que essa excessiva confiança na razão, uma

“ideologia da razão” como afirma Himmelfarb, conduzia o programa racionalista a “apoiar as unidades mais largas de autoridade” (PENNA in PAIM, 1987, p.51), e não por menos, construiu o ambiente propício para o surgimento da ideologia do século XX. Nesse sentido observa (PENNA in PAIM, 1987, p.51):

“Tocqueville qualificou de “panteísmo filosófico” esse hábito impertinente e arrogante de generalizações, como base de projetos de transformação do mundo sem qualquer contato com a dura realidade empírica. Em Hegel, em Marx, em Comte e numa série enorme de ideólogos socialistas, nacionalistas e racistas descobrimos formas de panteísmo filosófico que confluíram na ideologia do século XX.”

A despeito das diferentes perspectivas filosóficas sobre as quais se desenvolveu o liberalismo, já no século XX o movimento ganhou nova força intelectual, especialmente no seu viés econômico, com as escolas de Chicago e seus autores como Milton Friedman (Capitalismo e Liberdade, 1962; Liberdade Para Escolher, 1980), e o próprio Richard Posner (A Economia da Justiça, 2010; Problemas de Filosofia do Direito, 2007); e Viena representada por nomes como Friedrich Von Hayek (O Caminho da Servidão, 2011) e Ludwig Von Mises (Liberalismo, 2010; Ação Humana, 2013). Este último, por sua vez, reafirmou a doutrina liberal clássica em sua obra “*Liberalismo*” e sistematizou o que seriam os fundamentos da política liberal segundo a tradição clássica.

Para Mises, o liberalismo se baseia, dentre outros, sobre os principais fundamentos da propriedade, da liberdade, da paz, da igualdade, da democracia, da tolerância e dos limites da ação governamental.

A propriedade, para Mises, seria a palavra utilizada se fosse possível condensar tudo o que se entende por liberalismo. Afirma o autor que “Os liberais mantêm a opinião de que o único sistema de cooperação humana que, de fato, funciona numa sociedade baseada na divisão de trabalho, é a propriedade privada dos meios de produção” (MISES, 2010, p.50). A divisão do trabalho, por sua vez foi o que “tornou o débil homem, muito inferior à maioria dos animais em força física, senhor da terra e criador das maravilhas da tecnologia” (MISES, 2010, p.49), e conseqüentemente tornou possível a cooperação dos homens para a vida em sociedade.

A liberdade e a paz, para Mises, passaram a andar juntas com a propriedade em função dos violentos ataques que passaram a sofrer por parte dos opositores do liberalismo. A liberdade em Mises assume um caráter ainda mais econômico do que nos autores que o antecederam, uma vez que ele rejeita a ideia de que a liberdade seja um direito natural, divinamente estabelecido. Afirma então que “somente um sistema baseado na liberdade para todos os trabalhadores garante a maior produtividade do trabalho humano, e é, por conseguinte, de interesse de todos os homens” (MISES, 2010, p. 52). A condenação do sistema de servidão involuntária nesse sentido se funda no convencimento de que esta fere os interesses de toda a sociedade humana, inclusive daqueles que eram servidos, os “senhores”, uma vez que o trabalho livre provou que “é capaz de criar mais riqueza para todos do que o trabalho escravo pode oferecer aos senhores” (MISES, 2010, p.53).

A paz, como princípio na obra de Mises, vai além do aspecto humanitário, de modo que “o liberal abomina a guerra, não como o humanista, que a abomina a despeito do fato de pensar que ela traga consequências benéficas, mas pelo fato de que ela provoca apenas consequências funestas” (MISES, 2010, p.54). Nesse sentido entendemos que o liberal não vê a guerra simplesmente como um mal, mas como uma imensa desvantagem que coloca em risco a divisão do trabalho. Mises sustenta que “a progressiva intensificação da divisão do trabalho é possível, apenas, numa sociedade em que uma paz duradoura possa ser assegurada”. (MISES, 2010, p.55).

A concepção da igualdade em Mises não foge do que foi dito em Locke, Kant ou Tocqueville, e é aqui compreendida em seu sentido formal. A respeito da igualdade Mises expõe (MISES, 2010, p.58):

“É, por conseguinte, bastante injustificável arguir de imperfeição a maneira pela qual o liberalismo defende o postulado da igualdade, baseando-se em que o liberalismo tenha criado *apenas* a igualdade perante a lei, e não a igualdade real. Todo poder humano seria incapaz de tornar os homens realmente iguais. Os homens são e permanecerão sempre desiguais.”

Cumprido como complementação ao postulado da igualdade em sentido formal, inclusive pressupor, como fez Mises, a desigualdade de riquezas e de renda como fundamento do liberalismo, uma vez que essa desigualdade é uma das propulsoras do desenvolvimento

social, através do estímulo a criação de novos bens de consumo e tecnologias inovadoras, que a princípio são consideradas luxo dos mais abastados e depois tornam-se necessidade ao mais humilde operário.

Os fundamentos da democracia e dos limites da ação governamental, em Mises, caminham juntos. O autor abomina a ideia de que o liberalismo se associa ao anarquismo de alguma forma, embora hoje, muitos de seus seguidores advoguem uma espécie de “anarcocapitalismo”. Em suas palavras (MISES, 2010, p.66):

“[...] para o liberal, o estado constitui uma necessidade absoluta, uma vez que lhe cabem as mais importantes tarefas: a proteção não apenas da propriedade privada, mas também da paz, pois em sua ausência, os benefícios da propriedade privada não podem ser colhidos.”

Nessa perspectiva, a ação governamental, deve limitar-se a proteção dos seus indivíduos, suas vidas, sua saúde, sua liberdade e sua propriedade contra ataques truculentos. Qualquer ação governamental que vá além disso, para Mises, caracteriza um governo mau, que em tese não deveria regular a vida dos seus cidadãos no que diz respeito a suas concepções morais, filosóficas, tão pouco suas vidas econômicas, sob o risco de abolir-se a liberdade pessoal do indivíduo e reduzir o mundo a um “cemitério do espírito”.

A democracia, nesse sentido, “é a forma de constituição política que torna possível a adaptação do governo aos desejos dos governados, sem lutas violentas” (MISES, 2010, p.69). A democracia liberal visa então, evitar o custo social das insurgências sociais, através de eleições e acordos parlamentares que evitem que a maioria se sobreponha a força sobre a minoria, e vice-versa.

Com base nestes fundamentos, Mises, afirma que “historicamente, o liberalismo foi o primeiro movimento político que almejou a promoção e o bem-estar de todos, e não de grupos especiais” (MISES, 2010, p. 38). E que se distingue do socialismo, principalmente, “pelos meios que escolheu para a consecução desse objetivo” (MISES, 2010, p. 38).

Feitas estas considerações sobre o liberalismo clássico, é importante ressaltar que o termo “liberal” se aplica ainda em sentidos diferentes. Nos EUA, por exemplo, o liberal aqui

descrito é tido como conservador, mas para assim considera-lo devemos observar ainda aspectos que abordaremos a seguir.

1.2.2 Conservadorismo

Das ideias políticas aqui destacadas, o conservadorismo talvez seja aquela sobre a qual repousa a maior confusão conceitual, ora pela simplicidade do termo que frequentemente é usado para definir algum tipo de comportamento costumeiro, ora politicamente intencional, negativa, usada para definir um tipo de personalidade política detentora de privilégios, reacionária, tradicionalista, contrária a mudanças, e não poucas vezes, caricata. Entretanto, em que pesem as várias manifestações do conservadorismo político ao redor do mundo, destacaremos o mais relevante na modernidade, que é o conservadorismo herdeiro dos iluminismos britânico e americano, pautado em uma ética virtuosa da sociedade.

A primeira coisa a se destacar é que, ao contrário de outros comportamentos políticos, o conservadorismo, a princípio, busca não ser uma ideologia no sentido clássico do termo, mas, como frequentemente se vê na literatura conservadora, um instinto, uma disposição, “uma inclinação pura e natural da mente humana” (CECIL apud COUTINHO, 2014, p.23), mais especificamente condensado na definição de Roger Scruton, para o qual (SCRUTON, 2015, P. 9):

“O conservadorismo advém de um sentimento que toda pessoa madura compartilha com facilidade: a consciência de que as coisas admiráveis são facilmente destruídas, mas não são facilmente criadas. Isso é verdade, sobretudo, em relação às boas coisas que nos chegam como bens coletivos: paz, liberdade, lei, civilidade, espírito público, a segurança da propriedade e da vida familiar, tudo o que depende da cooperação com os demais, visto não termos meios de obtê-las isoladamente. Em relação a tais coisas, o trabalho de destruição é rápido, fácil e recreativo; o labor da criação é lento, árduo e maçante. Esta é uma das lições do século XX. Também é uma razão pela qual os conservadores sofrem desvantagem quando se trata da opinião pública. Sua posição é verdadeira, mas enfadonha; de seus oponentes é excitante, mas falsa.”

Embora definido dessa forma, Samuel Huntington afirma que o conservadorismo poderá se comportar como um empreendimento ideológico mesmo sem possuir um ideal substantivo, no momento em que sentir que o entendido por fundamento da sociedade e da

ordem está ameaçado, assumindo uma natureza reativa. Nesse sentido, Huntington diz que o conservadorismo poderá assumir a forma de uma ideologia de emergência, posicional, reativa, em dois sentidos destacados por Coutinho, “porque emerge em face de uma ameaça específica de caráter radical; e porque o faz quando essa ameaça põe em risco os fundamentos institucionais da sociedade” (COUTINHO, 2014, p.29), ao contrário das demais visões políticas apresentadas nesta pesquisa as quais poderiam sem melhor classificadas como ideacionais ou ativas, pelo sentido próprio dos termos. Essa postura reativa está, inclusive, na própria gênese do conservadorismo como movimento, em um de seus marcos, a obra *“Reflexões sobre a Revolução na França”*, de Edmund Burke, que vem a tona como uma reação à violência empreendida pelos revolucionários na França.

Apesar do seu caráter reativo, o conservadorismo se distancia do idealismo reacionário tanto quanto se opõe ao idealismo revolucionário. A postura conservadora aqui se manifesta na ausência de uma utopia, na descrença em construção de sociedades perfeitas, sejam elas orientadas para um futuro iluminado que nunca vai chegar, ou para um passado romantizado que nunca existiu.

A ausência do elemento “ideal substantivo” no conservadorismo está diretamente relacionada à suas crenças postulares na imperfeição humana e no sentido da realidade. A primeira entendida mais especificamente pela imperfeição intelectual, tende a operar em dois níveis, como observa Coutinho analisando a obra de Robert Merton (COUTINHO, 2014, p. 37):

“Em primeiro lugar, essa imperfeição humana começa por revelar-se nas óbvias limitações epistemológicas do agente político, que muitas vezes erra na análise da situação que se lhe apresenta; ou na escolha do melhor curso de ação a seguir; ou na forma de executar essa ação – as margens de erro são várias e lidam com a vida de seres humanos concretos, não com simplificações numéricas ou abstratas. [...] O mesmo Merton fala ainda de “consequências fortuitas na ação social, ou seja, de consequências que escapam ao agente no momento em que este decide atuar politicamente. Essas “consequências fortuitas” referem-se não ao conhecimento que possuímos – mas ao conhecimento que não possuímos porque não podemos obter antecipadamente. E que pode subverter de forma trágica as mais nobres intenções primeiras.”

Por “sentido da realidade” entendemos que para o conservador o curso da ação política está associado às circunstâncias, o que corrobora com o sentido de ideologia posicional de Huntington. “São as circunstâncias que rodeiam o agente a informar o tipo de ação a seguir” (COUTINHO, 2014, p. 44). Não cabe ao agente político conduzir a sociedade a encaixar-se em um programa abstrato, independentemente do quão substancial ou racional possa ser, pois, como observa Burke, “nada de universal pode ser racionalmente afirmado sobre qualquer assunto moral ou político” (BURKE apud COUTINHO, 2014, p.45). É o “sentido da realidade”, que paradoxalmente confere ao conservadorismo sua maleabilidade. Costumeiramente e erroneamente, o conservador é definido como alguém avesso à mudança, mas o caráter circunstancial da ação conservadora faz do agente precisamente o contrário, alguém capaz de optar pela mudança a partir da necessidade imposta pela realidade e não por um *slogan* ideológico.

A mudança para o conservador, entretanto, observa os princípios do teste do tempo e da reforma prudente. O teste do tempo traduz-se na sensibilidade do conservador em relação à tradição a qual está inserido e é intimamente associado ao sentimento de preservação descrito por Scruton no início do tópico. Esse aspecto caro ao conservadorismo é consagrado na célebre definição de Edmund Burke para quem a sociedade consistia em um contrato “entre os vivos, os mortos e os que estão para nascer” (BURKE apud COUTINHO, 2014, p.61). Contrato este, que não deve ser entendido no sentido político dado pelos contratualistas, mas na compreensão de que a sociedade presente tem seu lugar na história na esteira de um legado deixado pelas gerações anteriores dos quais os erros e acertos devem orientar a tomada de decisões presentes, assim como a responsabilidade com aqueles que virão depois.

A reforma prudente talvez seja o principal lema político do conservadorismo, e se explica muito bem pelo próprio sentido do termo. Prudência, como define Thomas Sowell, é a “ponderação cuidadosa das compensações” (SOWELL, 2011, p.31), para Burke, “a primeira de todas as virtudes” (BURKE apud SOWELL, 2011, p. 31). A reforma, por sua vez, pressupõe a tradição refinada pelos testes do tempo, uma vez que só se reforma o que já existe, ou, diria Coutinho, “reformamos *porque* algo existe e *porque algo chegou até nós*” (COUTINHO, 2014, p.72). A reforma também é pressuposto da conservação, “a reforma é necessária para se preservar (e melhorar) o que se encontra em risco” (COUTINHO, 2014, p.72). Em síntese, Sowell pertinentemente traz a postura conservadora sobre o tema em Adam Smith (SOWELL, 2011, P. 41):

“O reformador prudente, segundo Smith, respeitará “os costumes e preconceitos confirmados nas pessoas” e quando não puder estabelecer o que é certo, “ele não deixará de melhorar o que está errado”. Seu objetivo não é criar o ideal, mas “estabelecer o melhor que as pessoas podem suportar”.”

Por fim, o último ponto a ser destacado sobre o conservadorismo é o que mais o aproxima do clássico liberalismo e, por muitas vezes faz com que os termos sejam usados como sinônimos, a defesa da sociedade comercial. Entretanto, existe uma diferença considerável de perspectiva sobre o tema, mas que não raro gera resultados semelhantes.

O liberalismo clássico hoje, por vezes assume um olhar ideológico “economicista” e sua defesa do livre mercado vê na clássica definição de “mão invisível” de Adam Smith um conjunto de equações matemáticas sobre as quais os agentes do mercado autorregulam-se com base em perdas e ganhos de propriedade privada. O conservador vai mais além, enxerga a “mão invisível” como a pressuposição de uma ordem moral pela ordem econômica, que possibilita uma sociedade livre, não fundamentada na propriedade privada, mas nas virtudes da confiança e da responsabilidade. Nesse sentido, explica Scruton (SCRUTON, 2015, p.96):

“A mais importante lição a ser extraída, tanto da defesa original do livre mercado feita por Adam Smith quanto do funcionamento benéfico da “mão invisível” e da apologia de Hayek a respeito da ordem espontânea como veículo da informação econômica, é que o livre mercado é uma economia regida por seres livres. E seres livres são seres responsáveis. Transações econômicas em um regime de propriedade privada não só tem por base a distinção do que é meu daquilo que é seu, mas também do que é meu e diz respeito ao outro. Sem responsabilidade e prestação de contas ninguém é confiável, e sem confiança as virtudes que são atribuídas a uma economia livre não surgiriam. Toda transação no mercado leva tempo, e no período entre o início e a conclusão só a confiança, e não o direito de propriedade, mantém as coisas no devido lugar.”

Coutinho afirma ainda que “um conservador deve começar por valorizar uma “sociedade comercial”, não por motivos *transcendentes* – antes por motivos empíricos e imanentes” (COUTINHO, 2014, p.88). Ou seja, não há virtude no capitalismo em si, mas ao mesmo tempo, foi o mais eficiente sistema de criação de riquezas e bem-estar social, razão

pela qual, o conservadorismo moderno é um verdadeiro baluarte para o liberalismo econômico diante de um moderno liberalismo estatizante e desconfigurado.

1.2.3 Socialismo

O socialismo, assim como o liberalismo, é um termo genérico e multifacetado devido à série de significados que assumiu ao longo dos anos. Em que pese essas várias acepções, socialismo define-se basicamente em uma ideologia que se opõe ao capitalismo, como uma nova alternativa a construção de uma sociedade igualitária, que emerge na esteira do crescimento promovido pela Revolução Industrial e na crítica à sua dinâmica de trabalho.

A despeito das formulações de Robert Owen e Saint-Simon sobre o termo, o marco mais relevante do socialismo é a obra de Karl Marx. Ao contrário de seus predecessores, representantes do que Marx chamou “socialismo utópico”, o autor alemão advogava sua tese do “socialismo científico”, sobre a qual, a partir do método científico ele acreditava fazer um estudo empírico da história e compreender a índole dos fatos futuros que, inclusive, “explica por que o capitalismo está condenado e por que o socialismo está destinado a substituí-lo” (HEYWOOD, 2010, p. 126).

Essa crença reside na observação dos postulados básicos do marxismo. O materialismo histórico caracteriza o viés econômico do pensamento de Marx, uma vez que, para o autor as condições materiais, recursos, determinam os acontecimentos históricos. Nessa visão, a vida da sociedade fundamenta-se no modo de produção e no sistema de classes que integram a “base” sobre a qual se assentam os outros elementos da sociedade (cultura, arte, religião, política e o próprio direito), o qual denomina “superestrutura”. O materialismo dialético, por sua vez, traduzia-se na afirmação de que “a força motora da mudança histórica era a dialética, em suma, o progresso é consequência do conflito interno” (HEYWOOD, 2010, p. 127). Ou, seja, por meio de uma equação onde uma tese (capitalismo) se contrapõe a uma antítese (proletariado) e dá origem a uma síntese, uma nova tese superior, o socialismo científico.

A ideologia comunista, portanto, repousava no despertar da consciência de classe do proletariado diante da exposição do modo de produção burguês, que conduziria à revolução, a ditadura do proletariado e, por fim, no mundo irrestrito do comunismo. O que fica exposto na declaração feita no *Manifesto do Partido Comunista*, (MARX; ENGELS, 2000, p. 59):

“O objetivo imediato dos comunistas é o mesmo que o de todos os demais partidos proletários: constituição do proletariado em classe, derrubada da dominação da burguesia, conquista do poder político pelo proletariado.”

Entretanto, para Heywood, a tentativa marxista de se entender a natureza dos acontecimentos futuros com base em uma análise empírica, “converteu-se mais tarde em um conjunto de verdades científicas e conquistou um *status* mais similar ao de uma religião.” (HEYWOOD, 2010, p. 126). Esse caráter desencadeou a ascensão do comunismo ortodoxo com as contribuições de Lênin sobre a necessidade do surgimento de um partido revolucionário que guiasse o proletariado à revolução, uma vez que, para o autor a consciência de classe a qual Marx se referia não se desenvolveria naturalmente, “a consciência política de classe não pode ser levada ao operário senão do exterior” (LÊNIN in SADER, 2012, p.119).

Essa atuação do partido se desenvolveria a partir do que Lênin chamou de centralismo democrático, que consistia em um estímulo ao desenvolvimento de teses e liberdade de discussão interna, que obedecessem a uma rigorosa unidade de ação, ou seja, quando a discussão interna chega a um resultado, todos devem atuar conforme o programa escolhido. Logo, o governo comunista do século XX, até pelo curso das circunstâncias históricas, “tornou-se assim o governo de uma elite comunista e de líderes comunistas” (HEYWOOD, 2010, p. 131).

Essa liderança conduziu a URSS, a China e outros países à tomada violenta do poder através de revoluções que evidenciaram a sua influência ideológica, ao contrário do que previra Marx, que afirmara que a revolução seria o reflexo das contradições naturais do sistema capitalista, tanto o é que, o comunismo ortodoxo ascendeu ao poder muito longe dos grandes centros capitalistas, tendo florescido em países economicamente menos desenvolvidos e basicamente agrários. Aqui, aponta Roger Scruton sobre a ideia de liderança (SCRUTON, 2014, p. 120):

“A ideia do herói revolucionário não é, de forma alguma, nova. Na realidade, é um dos mais interessantes paradoxos do marxismo que este tenha combinado uma teoria da história que nega a eficácia da liderança com uma prática revolucionária que depende inteiramente da

liderança para seu sucesso, e que foi capaz de consolidar-se no poder somente por estabelecer hábitos de adoração ao herói revolucionário.”

Este paradoxo foi aprofundado no pensamento de Antônio Gramsci, que acabou também alcançando o status de “herói revolucionário”. Gramsci dedicou aos intelectuais um lugar de destaque na revolução. Em contraposição aos intelectuais tradicionais, que pairavam neutros entre as camadas da sociedade, autônomos, “alheios às questões centrais da própria história” (SEMERARO, 2006, p. 377), Gramsci desenvolve o conceito de “intelectuais orgânicos”, aqueles “que fazem parte de um organismo vivo e em expansão” (SEMERARO, 2006, p. 377), que estão conectados à sua classe e seu lugar na sociedade, comprometidos com a luta pela hegemonia política e com a construção de um novo projeto de sociedade, nas palavras do próprio Gramsci (GRAMSCI apud SEMERARO, 2006, p. 377):

“Todo grupo social, ao nascer do terreno originário de uma função essencial no mundo da produção econômica, cria também, organicamente, uma ou mais camadas de intelectuais que conferem homogeneidade e consciência da própria função não apenas no campo econômico, como também no social e político: o empresário capitalista gera junto consigo o técnico da indústria, o cientista da economia política, o organizador de uma nova cultura, de um novo direito etc.”

Gramsci, talvez seja o marco da transição entre o marxismo e o neomarxismo ou “nova esquerda”. Essa transição traduz-se em uma mudança relativa de percepção. O marxismo clássico, por assim dizer, enxergava na economia a estrutura ou base a ser transformada pela revolução, que por sua vez haveria de repercutir na superestrutura. Gramsci promoveu uma espécie de reforma no pensamento marxista ao enxergar uma unidade entre a estrutura e a superestrutura, um “bloco histórico”, onde se fundiam o material e o ético-político, a economia e a cultura. Desta forma, a revolução deveria atuar indistintamente sobre todas as esferas da sociedade (economia, política, cultura, arte, religião, etc), tendo como guia o intelectual orgânico, na formação de um novo bloco histórico que se faça hegemônico.

A hegemonia também era pauta recorrente na obra de Gramsci. Sob o conceito clássico de ideologia em Marx, Gramsci acreditava que Marx havia desmascarado o caráter ideológico do capitalismo, e que este se sustentava pela hegemonia social com a qual a classe dominante fazia uso da superestrutura para manter-se no poder. Nesse sentido a luta do

intelectual orgânico revolucionário é conquistar a hegemonia através de uma “guerra de posição”, que pode ser entendida como “um conflito cultural que envolve ideologia, religião e sistema de valores, ocorre na sociedade civil, que é, em si mesma um “complexo” de associações e grupos voluntários altamente articulados e dispostos em múltiplas camadas.” (FONTANA, 2003, p. 117). Ou seja, a revolução em Gramsci assume uma forma diferente do método “jacobino” e do que aconteceu na Rússia, não se presta à tomada violenta do poder, mas através de uma revolução passiva, à conquista da hegemonia na sociedade civil, campo de batalha da ideologia como assume Gramsci, quando diz que (GRAMSCI in FONTANA, 2003, P. 117) :

“a estrutura maciça das democracias modernas, seja como organizações estatais, seja como conjunto de associações na vida civil, constitui para a arte política algo similar às ‘trincheiras’ e às fortificações permanentes da frente de combate na guerra de posição [...]”

Uma revolução passiva, no entanto, não deixa de carregar o ímpeto revolucionário do marxismo e seu compromisso com a ruptura do sistema, mas representa um método diferente. O objetivo, entretanto, continua sendo um novo internacionalismo que deve ser compreendido como subversão universal, nas palavras de Campione: “lutar em todos os níveis e em todos os planos para colocar em cima o que está embaixo, buscando nada menos que “refundar o mundo”” (CAMPIONE, 2003, p. 63).

Na esteira do pensamento de Gramsci, a melhor representação do que seriam os tais “intelectuais orgânicos” foram os pensadores da Escola de Frankfurt. Como dito anteriormente, Marx falhou ao prever que as contradições do capitalismo conduziram o proletariado à revolução, tendo esta, ocorrido não nas grandes potências industrializadas, mas em países que viviam basicamente da agricultura. Para analisar os erros desta previsão, um grupo de pensadores marxistas se reuniu após a 1ª Guerra Mundial em uma espécie de grupo de estudos na Universidade de Frankfurt na Alemanha sob o nome de “Instituto para Pesquisa Social”, e que mais tarde viria a ser chamado, como o conhecemos hoje, Escola de Frankfurt, e sua produção intelectual é costumeiramente chamada “Teoria Crítica”. Segundo afirma Rolf Wiggershaus (WIGGERSHAUS, 2002, p. 33-34):

“A expressão ‘Escola de Frankfurt’ é uma etiqueta adotada externamente nos anos 60, etiqueta essa que Adorno acabou por adotar com evidente orgulho. Seu primeiro sentido era uma sociologia crítica que via na sociedade uma totalidade de antagonismos e não banira de seu pensamento nem Hegel, nem Marx, mas se considerava sua herdeira.”

A grande contribuição da Escola de Frankfurt ao direcionamento da *New Left* foi buscar no seio da sociedade civil uma nova vanguarda revolucionária, uma nova classe que, na sua visão, não se deixasse iludir pelas superficiais benesses do capitalismo e a ilusão da “moralidade burguesa” como, para eles, o fizera o proletariado nos países industrializados. Durante essa busca, entretanto, a ascensão do nazismo na Alemanha e o fato de boa parte dos intelectuais do instituto, além de serem comunistas, serem também etnicamente judeus, fez com que o instituto desembarcasse nos Estados Unidos da América, mais especificamente na Universidade de Columbia, onde alcançou grande projeção. Seus estudos iam muito além da filosófica política como destaca Wiggershaus (WIGGERSHAUS, 2002, p. 33):

“Escola de Frankfurt e Teoria Crítica são expressões que, quando despertam algo mais do que a idéia de um paradigma das ciências sociais, provocam a evocação de uma série de nomes, em primeiro lugar Adorno, Horkheimer, Marcuse, e associações de ideias como movimento estudantil, contestação ao positivismo, crítica da civilização e, talvez, ainda emigração, Terceiro Reich, judeus, Weimar, marxismo, psicanálise. Como se percebe imediatamente, trata-se de muito mais do que uma simples orientação teórica, de muito mais do que um momento da história das ciências.”

Em que pese toda a construção intelectual dos autores da Escola de Frankfurt, apenas com Herbert Marcuse a teoria crítica encontra a tão procurada vanguarda da revolução. O lumpemploretariado, a quem Marx e Engels se referiram como “putrefação passiva dos estratos mais baixos da velha sociedade” (MARX; ENGELS, 2000, p. 55) que teriam, por assim dizer, uma predisposição a serem absorvidos pelas tramas reacionárias, assume, em Marcuse, o lugar que Marx destinara a um proletariado, agora vendido e iludido, incapaz de alcançar qualquer consciência de classe.

O deslocamento do lumpemploretariado para frente de batalha da revolução, agora passiva e cultural, alçou as minorias excluídas ao status de classe revolucionária por essência. Desde então, a nova esquerda tem atuado na guerra de posições, ocupando espaços e

alterando a superestrutura, mais especificamente a cultura ocidental, através da crítica da Escola de Frankfurt e dos legados de Marx e Gramsci. E é desta evolução da ideologia socialista que se extraem os pressupostos do funcionalismo político como será visto no capítulo seguinte.

2. FUNCIONALISMO POLÍTICO

O século XX enfrentou vários dilemas e tensões provocadas direta ou indiretamente por ideologias. O papel do Estado na administração da economia e da justiça foi revisado inúmeras vezes. O avanço do *Welfare State* e as exigências de um Estado mais atuante colocou em cheque o princípio da separação dos poderes. Diante de legislativos travados pelas tensões políticas, o Ocidente inteiro observou experiências de demandas executivas satisfeitas pelos poderes judiciários, e o papel do juiz como agente do Estado tem sido rediscutido desde então. Nesse contexto surge o funcionalismo jurídico, do qual faz parte o funcionalismo político e, novos questionamentos acerca da realização da justiça. Nas palavras de Plínio Melgaré (MELGARÉ, 2005, p.3):

“Na sua essencialidade, caracteriza-se o funcionalismo jurídico por projetar o Direito como um instrumento. Um instrumento para atender a finalidades externas ao Direito, que o mobilizam, transformando-o em um meio para alcançar determinados e específicos objetivos.”

2.1 O sentido da jurisdição e suas alternativas

Em seu ensaio “Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema – Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito”, Castanheira Neves aponta para vários problemas que o poder judiciário e a função judicial em si enfrentam e, não poucas vezes, parecem sucumbir diante das barreiras impostas pela mais cruel e agressiva desconstrutora das teorias e dos sistemas racionalizados: a realidade.

Dentre as diversas questões que a realidade destaca, o autor aponta, por exemplo, problemas estruturais ou externos que, em primeiro lugar, dizem respeito diretamente ao fator político-constitucional, quer seja de ordem institucional (organização e autogoverno do poder judiciário), quer seja propriamente o problema da legitimidade decisória. Em segundo lugar, problemas de caráter estatutário, que evidenciam as falhas relacionadas às garantias, a independência e ao controle da atividade dos juízes. E ainda o problema que o autor denomina funcional ad hoc que reside na expectativa que a sociedade tem de que a atividade judicante, sua transparência e comunicação, bem como o uso de sua autoridade, corresponda aos seus anseios culturais e morais.

Há também os problemas ditos intencionais ou internos que, ao contrário dos estruturais, dizem respeito “a intencionalidade material da própria jurisdição como jurisdição e o sentido que ela assume e realiza” (NEVES, 1998, p. 4), porquanto os estruturais se ocupam do modo de fazer jurisdicional, mas não se prestam ao dizer o que é esse fazer, tampouco o que nele se faz. Neste ponto Neves diz ser possível considerar a relação entre os problemas estruturais e os intencionais, apenas se pressupormos aqueles como condições destes, onde o decisivo se encontra no sentido da jurisdição, onde estão os próprios “momentos constitutivos”, onde se privilegia a essência em detrimento da forma.

Enfatizando os problemas intencionais como prioritários, Neves afirma (NEVES, 1998, p. 4):

“Ora, pensar o sentido da jurisdição é pensar sua relação ao direito (*juris-dictio*): um diferente sentido do direito implicará correlativamente um diferente sentido do direito da jurisdição chamada a realizá-lo. Pelo que é fundamental ter presente a impossibilidade de compreendermos hoje o direito pela perspectiva exclusiva de um estrito legalismo. Não que o legalismo esteja de todo abandonado e não se mantenha como uma referência comum e um modo de juridicidade ainda concorrente ou alternativo [...] mas são também já muitos os fenômenos jurídicos da sua superação e com directa repercussão nas tarefas da função jurisdicional.”

Diante da problemática do sentido da jurisdição, pressupondo uma superação, ou melhor, um esgotamento do positivismo jurídico diante da realidade social do novo século, convergindo, para o autor, em uma questão central qual seja “o problema da autonomia do direito e da possibilidade institucional da sua afirmação” (NEVES, 1998, p. 13), estaríamos em um momento crucial da história jurídica do Ocidente quando nos são colocadas duas alternativas pelo autor (NEVES, 1998, p. 14):

“Ou não se renuncia à universalidade de certos valores e princípios normativos em que todos se reconheçam, contra a selectividade estratégica de certos fins e relativamente a qual necessariamente a partidarização se manifesta em apoio ou oposição, e um poder eficaz se terá de mobilizar. [...] Ou se sobrevaloriza a estratégia político social, se assume o político como o único protagonista – e é o outro termo da alternativa – e certamente que nesse caso a função judicial não lhe poderá ser estranha, numa qualquer autonomia intencional, e converter-se-á no operador tático do terreno, com os meios

institucionais e normativo-decisórios que lhe caibam, da estratégia global praticamente definida. Hipótese em que a jurisdição se funcionalizará a essa estratégia como seu instrumento ou *longa manus*.”

A opção pela segunda alternativa abre um leque de possibilidades como consequência de um questionamento feito por Neves, “em que ares queimaremos incenso, onde estão nossos deuses?” (NEVES, 1998, p. 15). O autor acredita que o caminho para responder a questão estará entre três modelos de jurisdição, quais sejam: o normativismo legalista, o jurisprudencialismo e o funcionalismo jurídico.

2.1.1 O Normativismo Legalista (Juspositivismo)

O normativismo legalista, embora dado como superado pelo autor, não deixa de ser apontado como uma referência, especialmente na qualidade de antecedente histórico imediato. Refere-se, segundo Neves, ao sistema de jurisdição fundamentado no liberalismo iluminista, radicado na autonomia humana, no racionalismo, consequência de uma cisão com o mundo metafísico e com a ordem teológico-transcendente, onde se alcançavam a liberdade, a igualdade e os interesses, como resultado da mediação do contrato social para a legalidade, alçando-os de direitos naturais a direitos subjetivos. É, em suma, o direito posto pelo Estado.

Tem como marco inicial a obra de Hans Kelsen em sua “*Teoria Pura do Direito*”, que vieram ao mundo nas primeiras décadas do século XX, inseridos em um contexto acadêmico em que as disciplinas científicas buscavam sua emancipação e independência diante das demais e advogavam a pureza de seu objeto, nas palavras de Kelsen (KELSEN, 1999, p. 1):

“Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.”

Essa disposição de Kelsen em desvencilhar o direito, compreendido como norma pura, dos elementos estranhos à ciência jurídica, inclui depurá-lo de considerações ideológicas, levando-o a afirmar que “é precisamente por seu caráter anti-ideológico que a teoria pura do

Direito prova ser uma verdadeira ciência do Direito” (KELSEN apud FREITAS FILHO, 2003, p.39). Desse raciocínio, Tércio Sampaio Ferraz Jr. extrai o preceito que orienta a formação do pensamento de Kelsen (FERRAZ JR. apud FREITAS FILHO, 2003, p. 39):

“O princípio de sua proposta está numa radical distinção entre duas categorias básicas de todo o conhecimento humano: ser e dever ser, a partir da qual se distinguem o mundo da natureza e o mundo das normas. Kelsen reconhece que o Direito é um fenômeno de amplas dimensões, sendo objeto de uma Sociologia, História, Antropologia, Psicologia, Ética, etc. Para a Ciência do Direito *stricto sensu*, porém, ele deve ser visto como um objeto que é o que é *pela sua especial forma normativa*.”

Tendo a razão moderna como sistema, onde a razão se distancia da razão clássica e se converte na razão cartesiana que “se volve na razão autofundamentante nos seus axiomas (as suas evidências racionais) e sistematicamente dedutiva nos seus desenvolvimentos” (NEVES, 1998, p.16), Castanheira Neves aponta uma direta consequência política: a exigência de um novo poder que mantivesse tal coerência e que terminaria por dar-nos o normativismo moderno como expressão do jusracionalismo.

Eis que o direito passa a compreender-se como um sistema de normas legais ao invés de estrito dado prescritivo das leis, como o era originalmente concebido no iluminismo revolucionário. Tal compreensão surge da conjugação entre a ideia da legalidade e a ideia de sistema na qual “pela legalidade imputava-se a constituinte titularidade do direito exclusivamente ao legislador, pelo sistema postulava-se uma racionalidade intencional que permitia um tratamento dogmático.” (NEVES, 1998, p. 19). Aqui ficam evidentes os dois sujeitos que determinam o direito como um sistema de normas legais: o legislador e o jurista (dogmático).

Em outro plano, se encontra a figura do juiz, que representa a dimensão concreta da realização do direito e que esse sistema reduz a um “impessoal e fungível operador de um esquema que afinal o suprimiria” (NEVES, 1998, p. 21). E que é de fato o que se pretende e se entende por juiz quando se opta pela racionalidade do normativismo, um aplicador da lei. Consequência de uma racionalidade que a partir da subsunção e do silogismo permitiu que a sociedade encontrasse “um estatuto que lhe oferecia a universalidade racional e com ela a

neutralidade estrutural, a igualdade (decerto abstracta e formal), a liberdade-segurança.” (NEVES, 1998, p. 22).

Dentro da tradição juspositivista, importa ressaltar ainda, que a ideia de Kelsen foi desenvolvida com o passar dos anos, razão pela qual sua teoria pura do direito pode ser classificada como juspositivismo estrito. Associando o juspositivismo a elementos externos a norma, surgiram ainda o juspositivismo estético, que compreende o direito como norma e princípios éticos mínimos em sua constituição e, o juspositivismo eclético que compreende o direito como norma, onde se aplica o método kelseniano, fato, compreendido como a própria realidade social e, valor, que diz respeito a cultura e moral de uma sociedade e repercute diretamente no sentido o direito.

2.1.2 O Jurisprudencialismo

O jurisprudencialismo, por sua vez, traz o juiz como o verdadeiro realizador do direito em uma concepção mais alargada e autônoma da jurisdição. Não se restringe ao formalismo e, segundo Neves, alienação da compreensão juspositivista, tampouco ao excessivo instrumentalismo das vertentes funcionalistas, como será destacado adiante. Trata-se em síntese (NEVES, 1998, p. 32):

“[...] da autonomia de uma validade normativa material que numa prática problemática e judicanda se realiza, e se orienta por uma perspectiva polarizada no homem-pessoa, que é o sujeito dessa prática. Jurisprudencialismo que significará a reafirmação ou mesmo a recuperação do sentido da prática jurídica como *iuris-prudentia: axiológico-normativa* nos fundamentos, *prático-normativa* na intencionalidade, *judicativa* no *modus* metodológico.”

O ponto de partida da tomada de decisão aqui, não está na norma positiva ou em princípios, ainda que busque nestas o seu fundamento, mas no problema, no caso concreto. “O juiz convocado ao juízo nestes termos é o juiz do jurisprudencialismo – e sua jurisdição a de uma validade problemático-concretamente realizanda neste modo judicativo” (NEVES, 1998, p. 43). Ou seja, resumidamente, o jurisprudencialismo é construído aliando uma metodologia a uma compreensão hermenêutica, objetivando uma maior racionalidade às decisões, afastando a subjetividade.

2.1.3 O Funcionalismo Jurídico

A última alternativa que se apresenta é o funcionalismo jurídico, que abdica do indivíduo como referência e adota como tal a sociedade como fenômeno global, com estrutura e dinamismo próprio. A perspectiva funcionalista parte da funcionalização da sociedade, onde cada elemento desta desenvolve uma função específica para alcançar determinada finalidade social. Segundo Neves, a própria ascensão do *Welfare State* abriu caminho para esta perspectiva, uma vez que (NEVES, 1998, p. 17):

“[...] todos os problemas humanos, do nascimento à sobrevivência, da educação ao ensino, da saúde à habitação, do emprego ao nível de vida, etc., são problemas que a sociedade deverá assumir, de que será a responsável e a que é chamada a resolver. É assim, inclusive por corolário final, que o Estado se volve em “Estado de direitos sociais”, que o desenvolvimento económico-social há-de garantir e a que tudo se funcionaliza.”

A própria lei, tendo esgotado suas funções normativas, garantistas e limitadoras do poder estatal, transforou-se em instrumento realizador da ação política do Estado. Ou seja, tornou-se disponível ao que a funcionalidade exige, como podemos observar no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, direitos de propriedade, concessão de crédito, liberdade contratual, com deveres de observar o princípio da “função social”. Surgindo neste ambiente, o funcionalismo jurídico teve seu caminho pavimentado por alguns pressupostos, aos quais Neves achou importante destacar três: a funcionalidade, a racionalidade e o compromisso ideológico.

A funcionalidade, precedida por uma mudança da cultura europeia que experimentou o rompimento com o pensamento clássico platônico-aristotélico e o colocou perante um mundo axiologicamente neutro, diz respeito às ações, tanto pessoais quanto institucionais, que “deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para serem as do útil, da funcionalidade, da ciência, da *performance*” (NEVES, 1998, p.24). Melgaré acrescenta dizendo que o funcionalismo jurídico (MELGARÉ, 2005, p. 3):

“não envolve as funções que o Direito exerce, e deve exercer, na sociedade. Antes e sobretudo, significa compreendê-lo como convergência, como estratagema para chegar a uma decisão real, buscando a eficácia de um certo programa. Conferir funções ao

Direito, ou intentar que realize “sua função”, não significa inscrevê-lo na agenda funcionalista, o que ocorre quando o Direito é constituído para certas e determinadas funções que se pretende realizar através dele”

Em relação à racionalidade, dentro da clássica distinção feita por Max Weber entre “razão axiológica” e “razão finalística”, o funcionalismo assumiu a segunda, a *Zweckrationalität*, em detrimento da primeira, a *Wertrationalität*. Esta define a ação orientada por uma crença consciente em determinado sentido universal de valor ético, moral ou religioso, independente do resultado alcançado, enquanto que a racionalidade finalística é, nas palavras de Weber, uma ação “através de expectativas postas no comportamento dos objetos do mundo exterior e dos outros homens mediante a utilização dessas expectativas como ‘condições’ ou como ‘meio’ para os próprios fins aspirados ou considerados racionalmente como resultado.” (WEBER *apud* NEVES, 1998). Ou seja, o funcionalismo orienta-se por uma razão que faz escolhas entre vantagens e desvantagens, pautando-se na utilidade.

O compromisso ideológico, por fim, se manifesta através ou da aproximação com o pragmatismo filosófico, com o utilitarismo por meio do seu materialismo do bem estar, ou da associação com a mentalidade revolucionária neomarxista, como veremos mais a frente.

Temos então uma racionalidade finalística que funcionaliza os elementos sociais e os transforma em meios de concretização do bem estar. No que diz respeito ao direito propriamente dito, tem-se a pretensão de construir uma cultura jurídica que parte, não do problema valorativo tradicional que se presta a dizer o que é o direito, mas sim na utilidade e objetivos, preocupando-se em investigar a razão para qual serve o direito, qual sua função diante da pluralidade do tecido social.

Feitas estas breves considerações, passemos a concretização do funcionalismo jurídico e a análise de sua complexidade. Apresenta-se em diferentes modalidades, organizadas no que se chama, trivialmente, matriz funcionalista: O funcionalismo social, sua ramificação em econômico e tecnológico, e o funcionalismo sistêmico, dos quais este trabalho fará breves considerações nos próximos parágrafos, e por último o funcionalismo político, que é o tema central dessa pesquisa e será convenientemente destacado para uma análise mais profunda em tópico a seguir.

Nas duas vertentes do funcionalismo social, não se encontra tão latente o objetivo da transformação revolucionária da sociedade como veremos no funcionalismo político, encontraremos sim, um objetivo estratégico relacionado ao desempenho, neutro, bem como o consequencialismo social em detrimento do finalismo programático.

O funcionalismo social tecnológico “perspectiva o direito e o pensamento jurídico como uma *social engineering*” (NEVES, 1998, p. 27), trazendo a capacidade analítica da “Teoria da Decisão” para a realização da jurisdição. O funcionalismo social econômico, por sua vez, diz respeito à análise econômica do direito, que traz à prática da jurisdição o método econômico e funcionaliza o direito com vistas a torna-lo mais eficiente no ponto de vista econômico, buscar-se-ia a maximização da riqueza afirmando inclusive que direito é economia. Têm em Posner e Calabresi seus principais autores.

O funcionalismo sistêmico “vê no direito só um subsistema social, selectivo e estabilizador de expectativas, numa organização estruturalmente invariante e de intencionalidade auto-referente, segundo um código binário lícito/ilícito, legal/ilegal [...]” (NEVES, 1998, p. 28). Trata-se de uma adaptação da autopoiese de Francisco Varela e Humberto Maturana à ciência social por Niklas Luhmann.

Por último, temos o funcionalismo político, que como dito anteriormente, será destacado no próximo tópico para uma análise mais cuidadosa.

2.2 O que é funcionalismo político?

Pelo descrito no tópico anterior, já está entendido que o funcionalismo político é ramo do funcionalismo jurídico, que atribui ao direito racionalidade instrumental e sentido finalístico, ou seja, funcionaliza-o para a consecução de um certo objetivo programático, qual seja a politização da jurisdição. Nesse sentido, é concebido o direito, pura e simplesmente, como instrumento político. Mas em qual contexto? Instrumento político de quem?

O funcionalismo político parte do pressuposto de que a sociedade atual, bem como o atual Estado social de direito atravessa um momento de transição entre uma sociedade individualístico-liberal para uma sociedade pluralístico-social, onde estão superadas as

tradicionais separações entre Estado e sociedade civil, política e economia. Condição essa que implicaria no surgimento de uma “teoria política do direito” que abarcasse a politização do direito e dos juristas. Tem-se por funcionalismo político então, nas palavras de Castanheira Neves (NEVES, 1998, p. 26), a funcionalização do direito que ocupa-se:

“Não apenas por compreender o direito como um *instrumento político*, mas por se orientar por uma intenção expressa de *politicização* da juridicidade. O direito não teria só uma geral função política, nem se lhe reconhecem apenas efeitos políticos, pretende-se que assuma um directo e determinante *objetivo político*, e assim segundo fundamentos e critérios imediatamente políticos.”

A definição e o contexto sociológico respondem a primeira questão. Mas e quanto à segunda? O funcionalismo político é instrumento político de quem? Neves nos mostra o que de fato diferencia e orienta o funcionalismo político ao concluir que “o decisivo vem de outro lado: de um assumido compromisso ideológico que orienta uma crítica radical à realidade social numa linha neomarxista com fundamento na utopia, justamente crítico-ideológica, da “emancipação””. (NEVES, 1998, p. 26-27). Esse compromisso ideológico é definido pelos atores que o materializam em diferentes movimentos intelectuais, os quais Neves apontou os mais relevantes (NEVES, 1998, p. 27):

“É assim na ‘teoria crítica do direito’ ao assimilar ela o projecto filosófico-social da Escola de Frankfurt e a sua prospectiva dialética holística. É assim no *Critical legal Studies Movement*, ao postular-se ‘a progressive school of legal theory’ em que ‘the law and politics could not be separated’, numa associação entre ‘the skeptical critique’, de um analítico desconstrutivismo, e ‘the purely instrumental use of legal doctrine to advance leftist aims’ (R. M, UNGER). É assim ainda no ‘uso alternativo do direito’ em que o fundamental das coordenadas anteriores igualmente se convocam, posto que numa directa intenção da realização metodológico-judicial do direito em que se haveria de ‘tomar partido’.”

Logo, são estas, dentre várias outras pelo mundo, inclusive o “Direito achado na Rua” de Roberto Lyra Filho, no Brasil, as principais expressões do estudo jurídico crítico que dão vida ao funcionalismo político e que serão abordadas nos tópicos seguintes, após a devida atenção aos pressupostos ideológicos que os orientam. Neves resume “numa palavra, em que a atitude redutora implícita em todos estes movimentos claramente se afirma: a prática humano-social seria exclusivamente prática política” (NEVES, 1998, p. 27).

2.3 Pressupostos ideológicos do funcionalismo político

O compromisso ideológico do funcionalismo político de que falava Castanheira Neves é com a evolução histórica do pensamento socialista, tal qual resumido no capítulo anterior dessa pesquisa. Essa evolução histórica traz o ideário neomarxista como ponto de partida para o desenvolvimento de alternativas ao suposto esgotamento do juspositivismo e jusnaturalismo ocidentais e tem na teoria crítica da Escola de Frankfurt, herdeira do pensamento de Gramsci e da reflexão sobre os rumos que o comunismo tomou onde se impôs na base da força, seu principal pressuposto. Inicialmente, por teoria crítica (WOLKMER, 2015, p. 30):

“Importa privilegiar, assim, a Escola de Frankfurt (Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Jurgen Habermas) que buscou distanciar-se do marxismo ortodoxo, mas sem deixar de compartilhar metodologicamente do ideário utópico, dialético, crítico, revolucionário e emancipador. Na verdade, a articulação de uma teoria crítica, como categoria e fundamento de legitimação, representada pela Escola de Frankfurt, encontra toda sua inspiração teórica na tradição racionalista que remonta ao criticismo kantiano, passando pela dialética idealista hegeliana, pelo subjetivismo psicanalítico freudiano e culminando na reinterpretação do materialismo histórico marxista.”

Por reinterpretação do materialismo histórico de Marx, subentende-se uma análise histórica continuada a qual Marx atribuía a posse dos meios de produção, primeiramente entendida economicamente, o vetor pelo qual uma classe exercia poder sobre a outra. Após as contribuições de Gramsci, o materialismo histórico expandiu-se e passou a ser compreendido para além do economicismo marxista. O conceito de Hegemonia, tal qual visto anteriormente, apontava para a posse dos meios de produção além da estrutura, da base econômica, estendendo-se por todas as esferas de produção cultural e intelectual que carrega em si o germe da dominação e da exploração, sem abandonar a dialeticidade das lutas sociais, não restritas entre burguesia e proletariado, mas entre oprimidos e opressores de maneira geral.

Influenciado por Gramsci, Louis Althusser concebe ainda o conceito de Aparelho Ideológico de Estado, o qual define como “um certo número de realidades que se apresentam ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas.” (ALTHUSSER, 1980, p. 43). Sobre esta definição ele elenca as instituições segundo as quais

a ideologia dominante se replica sobre o imaginário das classes subalternas. Essas instituições são classificadas por Althusser como AIE escolar, jurídico, religioso, político, familiar, cultural, informação e sindical. Na concepção de Althusser nenhuma classe consegue se manter no poder sem o controle de tais instituições. Dessa última premissa vem o decisivo, os AIE não devem ser compreendidos somente como alvo, mas como local de luta. Consequentemente, a teoria crítica passa a enxergar o Poder Judiciário AIE jurídico.

Nesse contexto a teoria crítica assume o ideal de criação de um, nas palavras de Bento Itamar Borges, “conteúdo descritivo, normativo e destinatário, visando orientar a ação de uma classe social ao esclarecer sobre os interesses de seus agentes e ao propor estratégias para a emancipação deles” (BORGES in WOLKMER, 2015, p. 32). Fica clara aqui a importância da atuação do intelectual orgânico gramsciano na formação do que Marx chamara de consciência de classe. A teoria crítica construída por esses intelectuais assume então o “compromisso de penetrar o mundo das aparências objetivas para expor as relações sociais subjacentes que frequentemente iludem” (WOLKMER, 2015, p. 32), revelando-as para a vanguarda da revolução, os excluídos, oprimidos, o lumpemproletariado como assevera Marcuse.

Falar então em uma “Teoria Crítica do Direito”, como próprio nome já diz, corresponde na própria assimilação do estudo crítico gestado na Escola de Frankfurt concatenado ao direito, cujo conceito Wolkmer define como sendo (WOLKMER, 2015, p.46):

“[...] a formulação teórico-prática que se revela capaz de questionar e de romper com o normativo que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso, no comportamento e no institucional) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica.”

Percebe-se em tais pressupostos ideológicos certa continuidade do movimento revolucionário na história. Ainda que, por vezes, a tradição marxista tenha se posicionado contrária ao iluminismo, é inegável o eco dos ideais substantivos da Revolução Francesa, do iluminismo dos *philosophes*, na construção de um novo homem emancipado de suas amarras sociais. Tal afirmação encontra respaldo em Wolkmer, para quem a teoria crítica tem como

intenção “definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função do novo tipo de homem” (WOLKMER, 2015, p. 34).

A perspectiva com que se enxerga a relação entre o homem e o mundo e, principalmente, sua natureza, é o que orienta o ideal emancipatório do neomarxismo. Emancipação esta que será lugar comum em todas as escolas de pensamento jurídico crítico. Nesse sentido, o verbo emancipar é compreendido como tentativa de reaproximar o homem do seu estado de natureza, aquele momento onde sua humanidade plena não foi tolhida pelas limitações e restrições a ele impostas por uma ordem histórica opressora e alienante. Sobre esse aspecto, como assevera Wolkmer, a teoria crítica visa (WOLMER, 2015, p. 36):

“demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisificados e moldados pelos determinismos histórico-naturais, mas que nem sempre estão cientes das inculcações hegemônicas e das falácias ilusórias do mundo oficial. Em seu primeiro momento, os agentes acreditam que estão agindo de modo livre e intencional ao aceitar a representação de seu imaginário social; entretanto, é com a teoria crítica que adquirem a autorreflexão que dissolve as falsas legitimações e as pseudo-objetividades”

Diante das ilusões desse “mundo oficial”, o neomarxismo enxerga no desenvolvimento do direito ocidental uma barreira eivada de ideologia dominante que deve ser necessariamente transposta e superada. Declara o fim do direito como valor inato, ou como norma estrita, ou até mesmo como fato, valor e norma. Passa a compreendê-lo como um instrumento realizador da emancipação e da libertação dos oprimidos, das classes dominadas, uma vez que se busca superar a caçada pelo significado do direito como dogma, e aceitá-lo vetor das transformações como assinala Roberto Lyra Filho, “quando buscamos o que o Direito é, estamos antes perguntando o que ele vem a ser, nas transformações incessantes do seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social” (FILHO, 2012, p. 13).

Logo, na perspectiva neomarxista o juspositivismo manifesta-se como fruto da ideologia dominante e ocultador das relações intrínsecas de poder que devem ser descortinadas a fim de que se construa uma sociedade justa e emancipada. Aliada a essa disposição transformadora, e também fruto de sua atuação em outras áreas como a política e a

economia, Roberto Freitas Filho, pressupondo a transformação do Estado de Liberal a Social, afirma (FILHO, 2003, p 47):

“Há, assim, uma crise do Direito que, indissociada da crise do Estado, se apresenta num de seus aspectos como uma progressiva deterioração da organicidade do sistema jurídico, com o colapso do constitucionalismo e a crescente superação do equilíbrio entre os poderes, bem como o fenômeno da globalização econômica, a partir da década de 80. As estruturas jurídicas e políticas legadas pelo Estado Liberal, no século XIX, e pelo Estado Social, no século XX, demonstram estar passando por um momento de crise e transformação, e assim também o Direito.”

Tal crise do direito repercute, logicamente, no judiciário, uma vez que, para Freitas Filho, na tradição ocidental: a) Prima-se pela separação dos poderes, conceito que no Estado social já começa a ruir. b) A concepção do judiciário como um poder neutro e imparcial adstrito ao princípio da legalidade já enfrenta uma crise da subsunção do fato a norma em face de um sistema legal cada vez mais inflado. c) A atuação reativa do judiciário, atuando quando provocado sofre uma crise de identidade diante de uma tendência de um poder judiciário promotor da justiça distributiva e administrador do conflito entre justiça social e igualdade formal, que dele próprio decorre. E d) a interindividualização histórica dos conflitos vai dando passagem a uma significação coletiva e comunitária do litígio diante do problema da articulação do interesse individual ao coletivo.

Diante de tal problemática, o autor julga estar “clara a alteração da significação sócio-política do Judiciário, que de órgão passivo torna-se agente necessário da mudança” (FILHO, 2003, p. 50). É esse o cenário ideológico que o direito ocidental terá como desafio no há tão pouco iniciado século XXI, e são esses os pressupostos que ensejaram o nascimento das escolas, movimentos sociais e intelectuais orientados pelo pensamento crítico que passamos a analisar.

2.4 Principais movimentos

A despeito das divergências, que em análise de conceitos e objetivos se mostrarão secundárias, e respeitando também outras escolas e manifestações do pensamento jurídico crítico ao redor do mundo, é possível concluirmos que o funcionalismo político, tal qual

conceituado por Castanheira Neves, concretizado na postura crítica dos movimentos analisados na sequência, é pautado por três características principais:

1 – Entendimento do direito para além da “razão axiológica”, assumindo a “razão finalística” que o instrumentaliza na consecução de um objetivo político.

2 – Objetivo político transformador, ideologicamente orientado pela visão neomarxista que visa desmistificar as relações de poder existentes no sistema jurídico ocidental, consequência da assimilação sistemática da ideologia da classe dominante, visando a emancipação daqueles que são oprimidos por tal sistema

3 – Defesa da superação do modelo jurídico ocidental, tensionado entre jusnaturalismo e juspositivismo, como superfície de um pressuposto esgotamento que se vislumbra do próprio modelo ocidental de sociedade.

Ressalta-se ainda, que o funcionalismo político é conjunto teórico-prático jurídico-político inserido em um plano de ação mais amplo que envolve a politização não só do direito, mas de todas as ciências humanas, sendo, portanto impossível passar a analisá-lo alienado da prática política neomarxista nas demais esferas. A partir do concluído então, será possível promover uma análise crítica sobre os problemas da realização do funcionalismo político no próximo capítulo.

2.4.1 *Critical Legal Studies - CLS*

Estudos Jurídicos Críticos, no original, “*Critical Legal Studies*”, é a mais destacada expressão da Teoria Crítica do Direito nos Estados Unidos da América. Sua intenção, revelar as contradições e artifícios ocultos na *práxis* jurídica liberal americana, que encobrem as relações de poder e a orientação ideológica da classe dominante, trazendo à luz a ilusão da neutralidade do juiz e seu compromisso com sua classe em seus afazeres diários. Nas palavras de Wolkmer, a CLS é “marcada por um certo ecletismo que abrange perspectivas teóricas atravessadas pelo realismo jurídico, pelo marxismo frankfurtiano, pelo estruturalismo francês e pela análise interdisciplinar” (WOLKMER, 2015, p. 62).

Os CLS nascem na esteira de uma América já penetrada pela Escola de Frankfurt nos idos da passagem dos anos 60 para os 70. Seu marco enquanto movimento intelectual foi a realização de uma conferência de professores e especialistas na *Law and Society Association* em 1977. Tem como principais expoentes Duncan Kennedy, David Trubeck e o brasileiro Mangabeira Unger. Caracteriza-se, sobretudo, quando afirma categoricamente que direito é política e quando critica a autonomia do pensamento jurídico. Posiciona-se, como todas as escolas neomarxistas, radicalmente contra o juspositivismo e ao próprio liberalismo. Roberto Freitas Filho sobre os CLS afirma (FREITAS FILHO, 2007, p.43):

“O que torna os CLS importantes para a presente análise é que não apenas se apresentou como um movimento teórico mas também assumidamente como um movimento político, com uma agenda de transformação da percepção de consciência individual e social, o que confere pretensão politicamente emancipatória ao mesmo. O movimento não teve por objetivo a apresentação de um novo modelo pronto de arranjo social e jurídico, mas pugnava pela vigilância crítica com relação ao que os tribunais fazem com o direito. Nesse sentido pode-se dizer que o projeto revolucionário dos CLS é de natureza processual.”

Logo, temos um CLS que se manifesta como movimento político e um CLS que assume a forma de teoria jurídica. No primeiro caso, realiza-se “pelo seu sentido de ação coletiva com uma determinada intencionalidade de reforma do *status quo*” (FREITAS FILHO, 2007, p. 43). No segundo, por sua vez, “pelo conjunto das ideias que pressupõe uma determinada explicação para o fenômeno da aplicação das normas, e pela demarcação de um conjunto identificável de propostas” (FREITAS FILHO, 2007, p. 43).

Mangabeira Unger, como afirma Godoy, desenvolve a CLS sobre duas preocupações principais: “1) a crítica ao formalismo e ao objetivismo e, 2) a não aceitação da utilização instrumental do direito vigente como mecanismo de transformação social, o que no Brasil o grupo do direito alternativo chamava de positivismo de combate.” (GODOY, 2006, texto digital). Em linhas gerais, Mangabeira Unger define formalismo como “busca de método dedutivo dentro de sistema jurídico livre de lacunas” (UNGER apud GODOY, 2006, texto digital). Quanto ao objetivismo, Unger se mostra incomodado com o aspecto impessoal de um sistema onde (UNGER apud GODOY, 2006, texto digital):

“o jurista moderno fica feliz ao tratar de assuntos jurídicos, sem tocar em política ou em interesses de grupo, invocando sempre aspectos impessoais, e sempre a partir de perspectivas de aplicabilidade fática do direito.”

Em que pese o formalismo e o objetivismo buscando a impessoalidade e a imparcialidade, Unger enxerga que por trás desse raciocínio existe a reafirmação do liberalismo burguês e que, lutar pela manutenção da justiça ocidental é lutar pela manutenção de privilégios históricos.

No que tange os *Critical Legal Studies* como projeto teórico, sua visão se organiza em torno de quatro princípios. São eles, o Princípio da Indeterminação, o Princípio do Antiformalismo, o Princípio da Contradição e o Princípio da Marginalidade.

O primeiro deles, o da Indeterminação, parte do pressuposto que o direito não tem capacidade de responder logicamente todas as questões que o são apresentadas. Ou seja, “há um grau de indeterminação nas normas jurídicas que tem necessariamente de ser suprido pela subjetividade do julgador.” (FREITAS FILHO, 2007, p. 46). Esse princípio aponta a crítica para este lapso, esta lacuna na decisão, onde se manifestará a politização do ato decisório. É neste ponto onde os CLS denunciam que o magistrado atua impregnado de sua ideologia. Neste sentido, a alternativa proposta à doutrina dominante é a doutrina desviacionista que “visa à afirmação emancipatória dos que não detêm o poder Jurídico.” (UNGER apud FREITAS FILHO, 2007, p. 47).

O Princípio do Antiformalismo parte da premissa de que o formalismo, enquanto método decisório que se pretende coerente tem na neutralidade uma mera pretensão que, a rigor, não passa de ilusão e, pior, ainda oculta a intencionalidade que orienta o ato decisório. Esse “véu” formal que encobre a pretensão do julgador “permite introduzir considerações ideológicas e preferências pessoais na decisão, considerações estas que ficam “mascaradas” sob a aparência de uma decisão neutra.” (KENNEDY apud FREITAS FILHO, 2007, p. 47).

O Princípio da Contradição, explica Freitas Filho, “significa que o direito reflete a luta ideológica na tentativa de prevalência de um determinado modo de ver as relações humanas.” (FILHO, 2006, p. 46). Ou seja, absorve o conceito gramsciano de guerra de posições e assume a luta dialética pela hegemonia do direito enquanto parte integrante da superestrutura.

O Princípio da Marginalidade, por derradeiro, “significa que o direito não é visto como decisivo para a determinação do comportamento social” (FILHO, 2006, p. 46). Logo, tal qual foi concebido na tradição ocidental, o direito posto configura muito mais uma barreira aos avanços da luta da esquerda, do que um determinante regulador da conduta social.

Tais princípios teóricos dão a tônica dos *Critical Legal Studies* como movimento crítico disposto a revelar o que entendem como um comportamento dissimulado da ideologia liberal, e o integram em um conjunto de práticas transformadoras amplamente difundidas além do direito, mas em todos os campos das ciências sociais.

2.4.2 Uso Alternativo do Direito

A escola do Uso Alternativo do Direito tem sua gênese no movimento da “Magistratura Democrática” na Itália, também entre os anos 60 e 70 do século passado. Influenciada pelo sucesso acadêmico da Escola de Frankfurt a partir do terreno fértil que encontrou nos EUA e que se expandia rapidamente pela Europa.

Esse grupo de operadores do direito na Itália apoia-se no neomarxismo moderno para explorar os paradoxos do sistema jurídico burguês do ocidente sob dois aspectos, como aponta Antonio Carlos Wolkmer: “a) a estreita relação entre a função política do Direito enquanto instrumento de dominação e as determinações socioeconômicas do modo de produção capitalista” (WOLKMER, 2015, p. 73). Aqui evidente o alinhamento com os CLS, no sentido de que direito é, em suma, política e, tal qual o conhecemos, política liberal-conservadora ainda por cima. E, “b) o Poder Judiciário, que assegura o *status quo* estabelecido, agindo não só como aparelho ideológico do Estado, mas também como instrumento de repressão e controle institucionalizado.” (WOLKMER, 2015, p. 73). Nesse aspecto, há a compreensão do direito como instrumento de afirmação da classe dominante aliada a concepção Althusseriana da superestrutura como aparelho replicador de consciência ideologizada.

É possível apontar o objetivo do Uso Alternativo do Direito como sendo (WOLKMER, 2015, p. 72):

“[...] propor, diante da dominação e da conservação do Direito burguês capitalista, a utilização do ordenamento jurídico vigente e de suas instituições na direção de uma prática judicial emancipadora, voltada aos setores sociais ou às classes menos favorecidas. Na realidade, essa concepção não chega a ser um paradigma alternativo ou substitutivo da ciência jurídica positivista, mas tão somente a aplicação diferente da dogmática predominante, explorando as contradições e as crises do próprio sistema e buscando formas mais democráticas superadoras da ordem burguesa”

Esse *modus operandi* alternativo que se utiliza do próprio juspositivismo em certa medida, influenciou o movimento do Direito Alternativo no Brasil na década de 90, que Wolkmer adverte, deve ser entendido como inserto em um movimento mais amplo e tecnicamente mais adequado denominado pluralismo jurídico, aqui entendido em seu viés neomarxista, que luta em três níveis: a) o já mencionado positivismo de combate, b) a hermenêutica judicial alternativa e c) o Direito insurgente.

O positivismo de combate é, em síntese, “o uso de certos mecanismos do próprio Direito Positivo para dar efetivação às normas ou textos legais já conquistados e elaborados formalmente” (WOLKMER, 2015, p. 215). Daqui se depreende ideia de efetividade das conquistas sociais, é o trabalho dos operadores do direito em fazer valer o que foi positivamente conquistado.

A hermenêutica judicial alternativa é o uso alternativo do direito entendido em sua raiz. Para Wolkmer, “é a prática interpretativa feita por juízes progressistas nos tribunais” (WOLKMER, 2015, p. 215). Converte-se em prática ativista do jurista de esquerda, ainda que *contra legem*, no que acredita ser a defesa dos mais carentes. Em tal instrumento, acrescenta Wolkmer, “implica explorar, de forma crítica e democrática, as contradições, as ambiguidades e as crises do Direito legislado em benefício das camadas sociais menos favorecidas, injustiçadas e excluídas.” (WOLKMER, 2015, p. 215).”

O Direito insurgente, por sua vez, é onde se manifesta a interpretação neomarxista do pluralismo jurídico. Para Wolkmer “é o direito paralelo, vivo e comunitário que emerge permanentemente dos interesses e necessidades da sociedade.” (WOLKMER, 2015, p. 215). Pode existir paralelamente ao direito positivo ou em oposição a ele.

2.4.3 O Direito Achado na Rua

A escola do Direito achado na rua é o resultado do movimento da Nova Escola Jurídica Brasileira que “insere-se na conjuntura de luta social e de crítica teórica, como pensamento alternativo, heterodoxo e não-conformista, voltado para a formulação de uma concepção jurídica de transformação social.” (SOUSA JR., 1993, p. 7-8). Tem seu expoente maior na figura de Roberto Lyra Filho surge em um contexto de redemocratização onde as demandas populares por direitos não eram atendidas pelo direito posto pelo Estado, contexto este que Lenio Streck resume “era a sociedade contra o Estado” (STRECK, 2009, p.22).

Com o advento da Constituição e absorção de tais demandas para o seio do Estado de Direito, porém, tal movimento passou a atuar no sentido de fazer cumprir a norma, fazer valer o direito dos que não tinham voz. Lyra Filho concebia o direito dentro de um contexto de luta e transformação social sobre o qual a busca pelo significado do direito não encontra o que ele é, mas, “o que ele vem a ser, nas transformações incessantes do seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social” (FILHO, 2012, p. 15). Aprofunda ainda (FILHO apud SOUSA JR., 1993, P.8):

“O direito não é; ele se faz, nesse processo histórico de libertação – enquanto desvenda progressivamente os impedimentos da liberdade não-lesiva aos demais. Nasce na rua, no clamor dos espoliados e oprimidos e sua filtragem nas normas costumeiras e legais tanto pode gerar produtos autênticos (isto é, atendendo ao ponto atual mais avançado de conscientização dos melhores padrões de liberdade em convivência), quanto produtos falsificados (isto é, a negação do direito do próprio veículo de sua efetivação, que assim se torna um organismo canceroso, como as leis que ainda por aí representam a chancela da iniquidade, a pretexto da consagração do direito).”

O pensamento de Lyra Filho, como assevera Wolkmer, é fundamentado “na “dialética” como opção científica-metodológica e no “socialismo democrático” como opção política” (WOLKMER, 2015, p. 139), daí seu “humanismo dialético” que, segundo o autor, “está mais próximo da prática, da vida jurídica real, do que a teoria legalista” (FILHO apud SOUSA JR., 1993, P.8).

Partindo do pressuposto de superação da “tradicional redução distorcida e ideológica do Direito em jusnaturalismo e em positivismo legalista” (WOLKMER, 2015, p. 140), o

Direito achado na rua atua em duas das formas citadas no tópico anterior, quais sejam, o positivismo de combate, que se materializou através da advocacia popular, e na defesa de um direito insurgente, manifestação do pluralismo, como confirma Wolkmer, “é no bojo do pluralismo jurídico insurgente não estatal que se tenta dignificar o Direito dos oprimidos e dos espoliados” (WOLKMER, 2015, p. 141).

No que diz respeito ao positivismo de combate, a luta varia entre explorar as contradições e lacunas do direito posto através de elaboração de teses que provoquem a reinterpretação das normas favorecendo as classes menos favorecidas, e atuar com base na luta social pela efetivação do que se conquista através da representação no ambiente político, que se materializa em norma estatal mas que não se realiza faticamente.

No sentido insurgente, compreende-se o fenômeno jurídico na obra de Lyra Filho como um processo de libertação permanente, o “Direito só se efetiva a partir de sua essencialidade sociopolítica e de seu dinamismo em constante superação.” (WOLKMER, 2015, p. 141). Ou seja, o direito é praticado, é luta popular, resistência e superação que, segundo Lyra Filho, em última instância “livra o Direito da caracterização como ideologia” (FILHO apud WOLKMER, 2015, p. 141) de modo que “não mais refletirá com exclusividade a superestrutura normativa do moderno sistema de dominação estatal, mas solidificará o processo normativo de base estrutural”. (WOLKMER, 2015, p. 141).

José Geraldo de Sousa Jr. elenca o que seriam os norteadores da atuação dos novos sujeitos sociais materializadores do direito na perspectiva do Direito achado na rua (SOUSA JR., 1993, p. 10):

“1. determinar o espaço público no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos, a partir mesmo de sua constituição extralegal, por exemplo, direitos humanos; 2. Definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de transformação social e elaborar a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito; 3. Enquadrar os dados derivados destas práticas sociais criadoras de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas para estruturar as relações solidárias de uma sociedade alternativa em que sejam superadas as condições de espoliação e de opressão do homem pelo homem e na qual o direito possa realizar-se como um projeto de legítima organização social da liberdade.”

Essa ótica de autogestão assimila a teoria marxista no que diz respeito ao fim do Estado na realização última do comunismo, e é exatamente o que visa a concepção do Direito achado na rua, transformação e superação constantes, até que as restrições às realizações da justiça social sejam removidas no contexto da luta de classes e o novo homem emergja plenamente livre da opressão e da espoliação, realizando assim seu pleno potencial.

3 ANÁLISE CRÍTICA DO FUNCIONALISMO POLÍTICO

Nesta fase do trabalho, portanto, tendo encerrado as considerações conceituais e práticas a respeito do seu objeto, buscar-se-á construir respostas ao problema central da pesquisa: O funcionalismo político parte da premissa da superação da sociedade “individualístico-liberal” por uma sociedade “pluralístico-social”. Essa superação existe de fato? Há elementos que nos permitam afirmar categoricamente que tal “transformação” origina-se na sociedade, ou ela advém de retórica ideológica inserida de cima (intelectuais) para baixo (sociedade)?

3.1 A problemática das visões ideológicas do funcionalismo político

O funcionalismo jurídico como um todo, ao propor a funcionalização do direito e da jurisdição em busca de soluções e resultados, orientado por uma racionalidade finalística, como vimos, se preocupa com o sentido do direito e sua utilidade. Mais especificamente, em sua vertente política, o funcionalismo jurídico orienta sua finalidade à realização de um objetivo político, qual seja a emancipação, e afirma em última instância que direito é política, pressupondo todo um arcabouço de cultura filosófica em sua formulação.

Se o objeto aqui é a análise intencional do direito e seu sentido, esta pesquisa não pode deixar de percorrer as visões que influenciaram os chamados movimentos críticos e a significação que empregam em sua luta. Visões estas, que Thomas Sowell comparou a “mapas que nos guiam através de um emaranhado de complexidades desconcertantes” (SOWELL, 2012, p. 17) e ao mesmo tempo nos alertou como perigosas “precisamente porque nós as confundimos com a própria realidade.” (SOWELL, 2012, p. 18). Em sua obra “*Conflito de Visões*”, Sowell elabora um esquema que nos possibilita classificar tais visões em dois grandes grupos, as restritas e as irrestritas, que o próprio autor reconhece serem insuficientes para explicar todas as ramificações existentes no meio social, mas resumem-se em “abstrações de conveniências, [...] e que no mundo real frequentemente há elementos de cada uma inseridos na outra de maneira inconsistente, bem como inúmeras combinações e trocas.” (SOWELL, 2007, p. 23), e que fica claro quando o autor afirma (SOWELL, 2012, p. 115):

“Nenhuma teoria é 100% restrita ou 100 % irrestrita. Para ser totalmente irrestrita, no sentido mais literal, seria necessário ter onisciência e onipotência. As visões religiosas podem atribuir onisciência e onipotência a Deus, mas isso em si mesmo restringe o homem, portanto, exclui uma visão social totalmente irrestrita. Uma visão 100% restrita significaria que cada pensamento e ação do homem são predestinados e também incompatíveis com a ideia de se seguir uma determinada visão social.”

Essa intersecção entre as visões e a impossibilidade de se esgotarem os processos sociais em sistemas racionais puros levaram Sowell a concluir, por exemplo, que o Marxismo e o Utilitarismo representariam visões híbridas, o primeiro por que “a teoria marxista da história é essencialmente uma visão restrita, com restrições cada vez menores ao longo dos séculos, terminando no mundo irrestrito do comunismo” (SOWELL, 2012, p. 124) e o segundo por reconhecer as restrições inerentes à natureza do homem, mas ao mesmo tempo atribuir a este o poder de “estruturar racionalmente o universo social, visando a produzir o resultado do “maior bem para o maior número de pessoas””. (SOWELL, 2012, p. 129). Fica evidente, ainda que nas visões híbridas, que os sentidos de visão restrita e de visão irrestrita se resumem em última instância a um conflito entre uma lógica de contrapartidas e processos que termina por gerar resultados sociais benéficos (restrita) e a busca por uma solução social finalística que coloca custos em segundo plano e termina por justificar sacrifícios ao longo do caminho (irrestrita).

A importância desse tipo de análise se justifica por pressupormos, como Eric Voegelin, que a linguagem é campo fértil para o trabalho dos ideólogos e nela se manifestam as distorções conceituais sobre as quais se busca dominar o debate. Evidentemente, reconhece-se neste trabalho que as visões majoritariamente restritas do liberalismo clássico e do conservadorismo não estão imunes ao erro ideológico, em contrapartida, o conceito de ideologia se aplica com mais facilidade as visões majoritariamente irrestritas por sua assumida vocação libertadora e messiânica desde os primeiros passos do movimento revolucionário e do iluminismo francês até o neomarxismo do século XXI. Sobre o resgate da linguagem, Voegelin afirma (VOEGELIN, 2007, p.39):

“Resgatar a linguagem significava recuperar o objeto a ser por ela expresso, o que, por sua vez, significava sair do que hoje se chamaria a falsa consciência da burguesia ordinária (aí incluindo positivistas e marxistas), cujos representantes literários eram as vozes dominantes do meio cultural. Daí que essa preocupação com a linguagem fizesse

parte da resistência contra as ideologias. As ideologias destroem a linguagem, uma vez que, tendo perdido o contato com a realidade, o pensador ideológico passa a construir símbolos não mais para expressá-la, mas para expressar sua alienação em relação a ela.”

Embora possa parecer simplista, assim como funcionou para Sowell, essa abordagem possibilitará nesta fase da pesquisa promover uma análise crítica-dialética dos problemas das visões neomarxistas que orientam o funcionalismo político de maneira didática e objetiva, visões estas que se manifestarão, ora como sinônimos de ideologia, ora como, nas palavras de Joseph A. Schumpeter “ato cognitivo pré-analítico” (SCHUMPETER, *apud* SOWELL, 2012, p. 18). Para tanto, nos próximos tópicos buscará responder um dos problemas da pesquisa: Tomando como base as concepções ideológicas dos movimentos que materializam o funcionalismo político e as confrontando com visões restritas, historicamente defendidas por liberais e conservadores, é possível demonstrar que seus pressupostos quase sempre os conduz a um resultado divergente do que o que se queria produzir?

3.1.1 Perspectivas sobre a natureza humana

Os partidários do funcionalismo político compartilham uma visão híbrida sobre a natureza humana, que quer dizer, restrita na origem, e irrestrita no resultado. O neomarxismo sintetiza a crença de que as restrições podem ser suplantadas à medida que avança a luta social de modo que a natureza humana possa ser vista como uma variável, que pode e deve ser mudada, bastando para tanto, superar “a oposição daqueles que se beneficiam com a ordem social existente e a inércia e cegueira dos outros”. (SOWELL, 2012, p. 106).

Partidários da visão restrita, por sua vez, advogam que a natureza humana é dada, e que as restrições são inerentes à sua existência. Assumir os problemas individuais e sociais como inerentes de sua própria humanidade, é reconhecer limitações cujo processo histórico parece confirmar. Nesse sentido, é antinatural tentar dar solução final aos dilemas da sociedade, mas perfeitamente racional que se busquem compromissos que os amenizem. Para Sowell, “a questão não é se “problemas” são “resolvidos” – não serão - mas se as melhores compensações disponíveis foram feitas.” (SOWELL, 2012, p. 106).

A dificuldade que as perspectivas ideológicas que fundamentam a atuação política crítica encontram nesse sentido é a responsabilidade que seus ideólogos avocam de guiar as

massas à tomada de consciência, e a pergunta que se faz é: quem os “ungiu” para tanto? Ora, tal postura justifica as considerações de Heywood sobre o a conversão do marxismo a uma espécie de religião justificando que “a declaração de Engels de que Marx havia revelado as “leis” do progresso histórico e social era um claro indício dessa transição” (HEYWOOD, 2010, p. 126).

3.1.2 Perspectivas sobre Igualdade

A perspectiva neomarxista apresenta uma visão irrestrita sobre igualdade, que quer dizer em última instância, igualdade de resultados. Nesse sentido, não se devem julgar as pessoas pelos mesmos critérios, uma vez que, partem de posições materiais diferentes. Para Sowell (SOWELL, 2012, p. 164):

“Na visão irrestrita, são as condições materiais da vida que devem ser igualadas sob a influência ou poder daqueles que têm as condições intelectuais e morais necessárias para fazer que o bem-estar de outros se torne sua preocupação específica.”

Tal qual se depreende da tradição ocidental, a igualdade é compreendida em seu sentido restrito, em última instância, igualdade de processos. Historicamente compreendida como “igualdade perante a lei”, tem o intuito de promover tratamento e julgamento igualitário para todos. Não exclui a preocupação com maneiras de amenizar desigualdades negativas, mas é reticente quanto aos riscos de se atribuir poder aquele que a impõe, seja ele um político ou um juiz ativista. Sowell define (SOWELL, 2012, p. 164):

“Na visão restrita, é o julgamento que deve ser exercido de forma igual e individual tanto quanto possível, sob a influência das tradições e dos valores provenientes da experiência de muitos, amplamente compartilhada, mais do que da articulação especial de poucos.”

O problema aqui se encontra nos meios de se aumentar as probabilidades de alcance de resultados iguais, que historicamente envolveram acúmulo e centralização de poder estatal. Evidencia-se desta forma um paradoxo no funcionalismo político, uma vez que a realização da igualdade material neomarxista passa pela concentração de poder estatal para realizá-la, ao passo que as correntes crítico-jurídicas advogam um direito politizado insurgente e anti-estatal, quando o ordenamento não corroborar com seus objetivos colocando em risco a

coerência interna do sistema, que por sua vez causa não só efeitos jurídicos, mas sociais e econômicos.

3.1.3 Perspectivas sobre Liberdade

Do mesmo modo, para o neomarxismo não há liberdade sem resultados, no caso a emancipação. Um homem não pode ser livre antes que tenha sua consciência libertada das correntes da ideologia dominante e das restrições impostas por ela. Tampouco será livre pela simples ausência de tais restrições se não o for garantido o resultado, que varia geralmente entre emancipação, justiça social, igualdade material, distribuição de renda, etc.

Na concepção da visão restrita por sua vez, a liberdade é concebida como liberdade no processo, uma vez que o homem “não pode prescrever resultados com êxito, apenas iniciar processos, cujas consequências são frequentemente o oposto de suas intenções” (SOWELL, 2012, p. 108). Daí a importância das leis e de um judiciário coerente na preservação da liberdade, para que os melhores processos sejam garantidos diante de outros processos, e, principalmente, diante da arbitrariedade do poder estatal.

O que Sowell acaba revelando através dessa perspectiva de liberdade, é que é justamente por empreender sobre os resultados e não se ater aos processos que Marx e seus herdeiros intelectuais, apesar de declararem ter objetivos para a liberdade, deram origem a sistemas que terminaram por suprimi-la. Hoje já temos dimensão dos custos do processo ignorados pelos marxistas ortodoxos na URSS e na China, por exemplo. Para os teóricos críticos do direito ainda está em tempo de refletir sobre os custos da funcionalização.

3.1.4 Perspectivas sobre Justiça Social

Destacar a ideia de justiça social de um sentido mais amplo de justiça é necessário se o entendermos como corolário da busca pela emancipação dos espoliados e oprimidos. Nesse sentido, temas como distribuição de renda são vistos pelos funcionalistas, não como uma questão humanitária, ou inclinação moral à caridade, por exemplo, mas como questão de justiça. Nesse sentido, Sowell considera (SOWELL, 2012, p. 222):

“Fundamental para o conceito de justiça social é a noção de que indivíduos têm direito a alguma parte da riqueza produzida por uma sociedade simplesmente por serem membros daquela sociedade, independentemente de quaisquer contribuições individuais feitas ou não para a produção de tal riqueza. Se de fato têm direito a uma parte integral ou menor – talvez somente um mínimo de “decência” – esta é uma questão respondida de formas distintas por vários pensadores sociais nessa tradição, mas o ponto crucial é que todos são vistos com direito a alguma parte por uma questão de justiça, não simplesmente como uma questão de caridade.”

Há aqui, mais uma vez, espaço para aplicarmos a dialética resultado-processo de Sowell. Funcionalistas políticos, orientados por sua razão finalística, veem a justiça social exatamente como fim a ser perseguido, o direito como seu instrumento realizador, e o juiz como agente político da justiça distributiva.

Na visão restrita, por outro lado, justiça social, ainda que fosse concebida como processo, não consiste em princípio essencial de justiça, o que não significa que não haja preocupação com questões sociais, mas que estas dizem respeito a obrigações morais dos indivíduos afeitos a ideia sob uma ordem espontânea. Para a visão restrita, a justiça de um modo geral, concebida como processo, afasta a ideia de justiça social pois (SOWELL, 2012, p. 233:

“Enquanto os adeptos da visão irrestrita frequentemente enfatizam a complexidade das escolhas sociais a serem avaliadas por juízes e outros decisores representantes, os partidários da visão restrita veem essa complexidade das escolhas sociais, deixando decisores representantes com a tarefa mais administrável de aplicar regras que permitem que compensações substanciais sejam feitas a critério de inúmeros outros indivíduos.”

Há ainda, na visão restrita, uma preocupação efetiva com o conceito de justiça social que Sowell percebe em Hayek, capaz de comprometer o sistema jurídico, qual seja (SOWELL, 2012, p. 227):

“O maior perigo do conceito de justiça social, segundo Hayek, é de que ele mine e, por fim, destrua o conceito de um princípio de direito para simplesmente suplantá-lo a justiça formal, como um processo dirigido por leis, tendo a justiça “real” ou “social” como um conjunto

de resultados a ser alcançado, ampliando o poder do governo para impor determinações arbitrárias em áreas antes isentas de seu poder.”

Coincidentemente, o temor de Hayek, materializa-se na própria concepção do funcionalismo político e na politização do direito. Nesse sentido, levando em consideração a existência de um ordenamento constitucional e de um Estado Democrático de Direito, a concepção de uma corrente alternativista do direito colocaria em risco o próprio sistema, razão pela qual afirma Streck, “no atual momento, melhor mesmo é que os juízes sejam a “boca que pronuncia a Constituição””. (STRECK, 2009, p. 22).

3.2 Paradoxos e incongruências do funcionalismo político

O que se percebe, não só pelas perspectivas de justiça social, mas da natureza humana, da igualdade e da liberdade, entre tantas outras que poderiam ter sido abordadas, é que há na tradição ocidental, na “sociologia da virtude”, uma preocupação intrínseca com a concentração de poder. Evidenciada no seu desenvolvimento histórico, descoberta pela experiência e obtida através da tentativa e do erro, a necessidade de se restringir a atuação estatal e descentralizar o poder é preocupação constante dos adeptos da visão restrita, tendo como base os custos dos processos.

Para os funcionalistas, entretanto, por mais que, quando analisado isoladamente o pensamento jurídico crítico possa dar a impressão de que compartilha dessa crença no momento em que pugna por “libertar o sujeito subalterno e a sociedade vitimados pela colonialidade” (WOLKMER, 2015, p. 27), seria leviano que se analisasse a teoria crítica enquanto prática jurídico-política, sem entendê-la como parte de uma prática política interdisciplinar que envolve todas as áreas da superestrutura como, economia, psicologia, cultura, dentre outras. Esse contexto enseja analisar outro problema abordado pela pesquisa: Na correspondência entre o funcionalismo político e seus pressupostos ideológicos, é possível estabelecermos um diálogo entre as intenções “libertadoras” dos movimentos, a práxis revolucionária, os meios de ação política e a relação destes com o poder, evidenciando os paradoxos e incongruências que surgem dessa análise?

Ernilo Stein reconhece a insuficiência propositiva do neomarxismo frankfurtiano como uma aporia de sua crítica (STEIN apud WOLKMER, 2015, p. 39):

“os conceitos principais da Escola de Frankfurt são conceitos pela metade, conceitos de resistência, conceitos de exílio. [...] Uma dialética negativa não dará o passo adiante para desenvolver esses mecanismos de possíveis diagnósticos e de transformação. Ela pensa que basta o processo, que basta estabelecer pela crítica o negativo, para que então ocorram os efeitos. [...] A dialética negativa é, portanto, uma espécie de ascetismo de protesto, uma espécie de teimosia em manter o negativo de pé, simplesmente porque o positivo ainda não chegou.”

Essa ausência da dialética positiva coloca o pensamento jurídico crítico que dá vida ao funcionalismo político em um aparente impasse com seus próprios pressupostos ideológicos, que por sua vez orientam a atuação do agente político neomarxista em várias direções diferentes. Como consequência, têm-se uma atuação paradoxal de uma teoria que, aplicada à prática jurídico-política, pugna por um direito alternativo, insurgente e plural, praticamente libertário, mas ao mesmo tempo inserida em uma luta pela hegemonia cultural, tal qual incitara Gramsci, na qual se pretende uma revolução passiva de dentro pra fora e que por fim transformará qualquer pluralismo em mera contingência temporária, risco que o próprio Wolkmer reconheceu ao afirmar que “uma vez reconhecida a relevância da teoria crítica eurocêntrica hegemônica, há que se deslocar pedagogicamente para a construção de uma concepção crítica descolonial, pluralista e intercultural [...] (WOLKMER, 2015, p. 41)”.

Do mesmo modo, ocorre com a emancipação que, quando compreendida como fenômeno interno do funcionalismo visa à cisão das classes oprimidas com o sistema burguês, mas que, na prática política dos movimentos sociais demandam reconhecimento e aporte do Estado e são por ele facilmente absorvidas. Ou seja, a teoria crítica parece admitir uma atividade jurídico-política antiestatal e uma atividade política estatizante ao mesmo tempo, de acordo com a conveniência.

Outra questão relevante é um elemento nascido na Escola de Frankfurt que atua sobre a linguagem. O neomarxismo quando atua nas correntes críticas do direito, ou em outras áreas das ciências humanas, costuma adentrar ao debate como bastião da tolerância e diversidade. Entretanto o significado dessa tolerância foi sensivelmente alterado por uma incursão ideológica de Herbert Marcuse, atribuindo à palavra um sentido paradoxal ao originalmente entendido.

A tolerância originalmente concebida como ato de aceitação do diferente, do diverso, em Marcuse se assume “tolerância repressiva”, nas palavras do próprio autor (MARCUSE, 2007, p.28):

“a realização do objetivo da tolerância requer intolerância perante as políticas predominantes, atitudes, opiniões, e a extensão da tolerância às políticas, atitudes e opiniões que são proscritas ou suprimidas. Em outras palavras, hoje a tolerância apresenta-se novamente como o que era em suas origens, no começo do período moderno -uma meta partidária, uma prática e uma noção libertária subversiva. Contrariamente, o que hoje é proclamado e praticado como tolerância está, em muitas de suas manifestações mais efetivas, servindo a causa da opressão.”

A lógica de Marcuse orienta a prática da tolerância, tal qual a conhecemos em sentido amplo, apenas quando voltada para o sentido ideológico neomarxista, uma espécie de “funcionalização” da linguagem, no que diz respeito à tolerância. Esse comportamento é comumente observado nas discussões jurídicas que envolvem temas mais caros ao trabalho sociológico desempenhado pela Escola de Frankfurt e, ou, principalmente, ao manifestar opiniões de qualquer ordem que vão de encontro às posturas adotadas pelos movimentos sociais. Eric Voegelin, mesmo sem se ater à incursão de Marcuse, já havia reparado tal tendência no debate político, da qual o uso desmedido do *ad hominem* e do *reductio ad fascistum* são apenas consequências superficiais (VOEGELIN, 2007, p.85):

"Quando passamos de Marx aos epígonos ideológicos no final do século XIX e início do XX, encontramos um nível intelectual já muito inferior ao que marcou a formação de figuras como o próprio Marx. E eis o principal motivo para o meu ódio das ideologias: elas vulgarizam as discussões intelectuais e conferem ao debate público uma coloração nitidamente oclocrática, tanto que hoje se chega ao ponto de considerar fascista ou autoritária uma simples referência a fatos da história política e intelectual cujo conhecimento é absolutamente necessário para discutir os problemas que surgem no debate político. A condenação radical do conhecimento histórico e filosófico deve ser identificada como um fator importante em nosso ambiente político-social, porque aqueles que a ditam não podem sequer ser chamados de impostores intelectuais - seu horizonte de consciência é por demais limitado para que estejam conscientes de sua desonestidade objetiva. Devem portanto, ser caracterizados como analfabetos funcionais com uma forte ânsia de autopromoção."

Paradoxalmente também é o Direito achado na rua em sua própria concepção. Ao assumir uma responsabilidade social com as demandas dos menos favorecidos, que, diga-se de passagem, não é consequência direta da sua ideologia, pois pode manifestar-se com base em uma virtude moral ou religiosa, por exemplo, o Direito achado na rua enquanto movimento político elege a si mesmo como o resultado da sede de justiça dos espoliados, popular e insurgente. Entretanto essa visão também não corresponde à realidade. A escola do direito achado na rua é um movimento político que nasceu, não na rua, mas na academia, nos corredores e salas de aula da Universidade de Brasília como empreendimento ideológico verticalizado que a despeito de boas intenções e resultados diversos produzirá o diagnóstico previsível da realidade social: o materialismo histórico-dialético.

Em relação à atividade política da esquerda de um modo geral, compreendida agora além da teoria crítica, acrescentam-se os elementos econômicos mais tradicionais das lutas progressistas, responsáveis pelo agigantamento do Estado em vários países e seu consequente avanço sobre a burocracia, sobre o aparelho de coerção e sobre a interferência legal sobre as relações particulares, que de alguma maneira, ainda que aparentemente contraditórios, parecem cumprir objetivos congruentes.

Tal congruência parece se realizar em consequência de outro paradoxo do funcionalismo político o qual chamarei “falácia do empoderamento”. Tal fenômeno se manifesta quando se incentiva um magistrado a decidir genericamente em favor de um “oprimido” que demanda contra seu “opressor” – genericamente porque parece claro que, em última instância, não se julga em favor daquele, mas de uma causa – não se estará dando poder ao carente, mas a quem detém o poder decisório.

Ora, se em uma lide originada em uma relação de direito privado é levada ao conhecimento do Juiz, ainda que atenda a pretensão de uma das partes, o único agente que terá seu poder reafirmado é o próprio juiz e o que ele representa, o Estado. Da mesma forma aconteceria em um julgamento onde o magistrado atuasse além dos seus limites sob orientação do funcionalismo político. Nesse sentido sim, a prática política estatizante parece convergir com o funcionalismo político, não no que ele manifesta em sua superfície, mas na sua consequência.

Por último o paradoxo do Poder Judiciário como Aparelho Ideológico de Estado, este compreendido tal qual conceituado quando tratamos dos pressupostos ideológicos do funcionalismo político, na medida em que Althusser reconhece o poder judiciário como AIE jurídico que pode ser “não só o alvo mas também o local da luta de classes e por vezes de formas renhidas da luta de classes” (ALTHUSSER, 1980, p. 49). Na perspectiva funcionalista pode ser entendido como paradoxo pela dupla função contraditória da acepção, uma vez que o funcionalismo atua tanto dentro, transformando seu sentido e sua autonomia através da hermenêutica alternativa quanto fora do Poder Judiciário como direito insurgente.

3.3 Barreiras metodológicas para a realização do Funcionalismo Político

Além dos problemas de visões ideológicas e dos paradoxos e incongruências reveladas pelo exercício crítico da crítica, o funcionalismo político encontra mais algumas dificuldades para sua realização. Richard Posner ao analisar os CLS, aponta problemas lógicos que são comuns às demais manifestações do funcionalismo político.

O primeiro deles é que suas formulações teóricas são construídas sobre o argumento puro e simples de que direito é política. Nas palavras de Posner, a presente geração de membros do movimento parte da crença “segundo a qual todo o direito é política num sentido estrito e desonroso, e política de direita além do mais.” (POSNER, 2007, p. 206). Essa crença torna explícito o caráter ideológico motivador do funcionalismo político ao adotar como ponto de partida uma premissa infalsificável, um enunciado objetivamente injustificável que se aceita como dogma.

Posner, evidentemente, não nega que o juiz se comporte eventualmente de maneira parcial, afinal de contas, por debaixo da toga existe um cidadão como qualquer outro. Entretanto lança o seguinte questionamento (POSNER, 2007, p. 206):

“Contudo, isso torna extremamente difícil estabelecer uma distinção empírica entre uma administração genuinamente imparcial do direito e uma administração permeada por partidarismos de classe, ou mesmo fazer escolhas entre elas. Uma vez que os juízes são humanos, não podemos esperar por uma administração perfeitamente imparcial da justiça; e, se a predisposição é inevitável, por que se deveria considerar que uma administração da justiça que pende sutilmente

para os ricos é mais indecorosa do que outra que pendesse sutilmente para os pobres?

A questão levantada por Posner evidencia um dos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário ao qual Castanheira Neves denomina “estatutário”, aquele que diz respeito às falhas relacionadas com as garantias, a independência e com o controle da atividade dos juízes. Além do mais, tal raciocínio conduz os CLS a uma falácia genética no momento em que “mesmo que os motivos da adesão dos juízes a regras sejam às vezes desprezivelmente políticos, na medida em que os juízes adiram a elas o direito é diferente da política” (POSNER, 2007, p.206), ou seja, a própria adesão ao estado democrático de direito por um juiz, seja se o faz por um objetivo político ou por que é um bom juiz terá as mesmas consequências.

É questionável também, conceber o direito como política pura ao passo em que se faz menção ao funcionalismo político como alternativa ao problema da autonomia do direito. Que autonomia teria um julgador ao exercer a jurisdição limitado pela dogmática política? Melgaré, quanto a esse questionamento afirma (MELGARÉ, 2005, p.16):

“Pois tal postura que torna o Direito um instrumento da política acaba por negar a sua própria autonomia, impondo à juridicidade um comprometimento e vinculação ideológico-política, em que, ao fim e ao cabo, ao invés de um Direito Alternativo, estar-se-á elegendo, exclusivamente, a via política como opção alternativa ao próprio Direito.”

Ademais, partindo do pressuposto de que não há qualquer evidência para que se tome a referida premissa como verdadeira, o que impede, por exemplo, a existência de um funcionalismo político à direita? Ou que um juiz atue contrário à finalidade emancipatória, ainda que esta seja confirmada pelo ordenamento? Parece claro, olhando por essa perspectiva, que os malquistos “mitos” da imparcialidade e impessoalidade liberais protegem o cidadão da arbitrariedade do Estado e de seus agentes.

Posner também critica a tendência do funcionalismo político de ignorar a existência dos casos fáceis, onde se mostra forçosa a ideia de que direito é, em última instância, política, posto que nesses casos “a divergência pode ser racional e criativa, ou pelo menos catártica, mesmo quando não leva ao consenso ou a verdades demonstráveis; e as posições das partes

contenciosas não precisam ser vulgarmente políticas em caráter ou motivação.” (POSNER, 2007, p. 207). Posner termina por advertir que o juiz é (POSNER, 2007, p. 210):

“[...] um tomador de decisões num sistema de governo, e esse tomador de decisões deve preocupar-se não apenas em fazer justiça material no caso em questão, mas também em manter uma estrutura jurídica que inclua considerações acerca dos precedentes, da autoridade legislativa, da articulação das questões por deliberação, dos fatos nos autos do processo e assim por diante.”

No caso brasileiro, Lenio Streck decreta o fim do “direito alternativo” no Brasil, não como um crítico atroz, mas por julgar que a reinvidicação perdeu seu objeto com o advento da Constituição Federal de 1988. Nas palavras de Streck (STRECK, 2009, p. 23):

“não é mais possível colocar-se de forma “alternativa” buscando um direito que “esteja na rua” ou, simplesmente, no cotidiano. Vivemos sob a égide de uma Constituição democrática que, aliás, é preta em direitos fundamentais. Para ser mais simples: a Constituição incorporou, em seu texto, tudo aquilo que queríamos nas décadas de 1970 e 1980. Hoje a luta é concretizar a Constituição e não buscar alternativas a ela. Ou seja, para preservação das instituições democráticas – conquistadas a tão duras penas – não cabe hoje falar em uma “legalidade alternativa” ou em “pluralismo normativo” [...]”

Para Streck “ser crítico hoje é concretizar a Constituição” (STRECK, 2009, p. 23). Segundo o autor, todo aquele contexto de luta que se propunha alternativista e pluralista na década de 80, ainda sob a égide da Ditadura militar, deve se converter em luta pela concretização da Constituição sob pena de se colocar em risco as conquistas democráticas advindas da sua promulgação. Nesse sentido o autor é enfático quanto ao risco da insistência em tais *práxis* políticas, advertindo que “defender um tal posicionamento pode enfraquecer as conquistas democráticas dos últimos anos, na medida em que, ao fim e ao cabo, tais posturas acabam por apostar demasiadamente no poder dos juízes.” (STRECK, 2009, p. 23).

Sobre essa última consideração de Streck, muito já foi discorrido durante o trabalho, mas, por fim, importa um destaque. Há uma diferença entre as escolas do uso alternativo do direito e do direito achado na rua que não dizem muito respeito aos seus objetivos, mas as suas práticas e que, também cabe um paralelo com a visão restrita ocidental. Tal divergência se manifesta no *locus* da decisão. No caso do uso alternativo do direito este é deslocado para o

juiz politicamente orientado, no caso do direito achado na rua em seu viés pluralista, para as classes excluídas e no caso da visão restrita, para o indivíduo no que diz respeito a sua vida privada e para o juiz quando pretender a jurisdição nos casos excepcionais. Entre os dois últimos a diferença residirá no fato de que, no primeiro caso, a orientação para a emancipação e a visão da construção do direito no âmbito da luta de classes tenderá a sobrepor os resultados aos processos, e no segundo caso pressuporá a responsabilidade e os limites das próprias regras positivadas tanto para as suas decisões particulares, quanto para o magistrado quando couber. Sobre a decisão jurisdicional, Plínio Melgaré encerra (MELGARÉ, 2005, p. 14):

“A decisão jurisdicional há de ter, como critério, valores e princípios de Direito sustentáveis por uma racionalidade material, e não uma decisão sustentada por critérios político-ideológicos, determinados por uma racionalidade finalístico-programática, ainda que politicamente desejáveis. Isto é, não há de se vincular a atividade dos operadores do Direito a projetos identificados e cancelados por opções políticas. A menos que aceitemos ou queiramos uma ordem estatal em que a atividade jurisdicional configure um instrumento de intervenção da política.”

Streck demonstra preocupação com a defesa das correntes neomarxistas do direito em um contexto democrático. Uma insistência na questão passados quase 30 anos da promulgação da Carta Magna demonstra que o resultado pretendido ainda não foi alcançado e que o direito continua sendo concebido em transformação mediante a luta social. Resta saber se tais fins implicarão no reconhecimento de uma sociedade em transformação ou se assumirão continuar querendo transformar a sociedade com base em suas crenças, superando, inclusive, o Estado Democrático de Direito.

3.4 O Brasil e a “sociologia da virtude”

Superados os aspectos críticos, o momento é oportuno para atender ao derradeiro objetivo específico da pesquisa: propor uma atividade conservadora da justiça, com base na prática reformista, preservando as instituições democráticas, as liberdades e as limitações ao poder estatal, verdadeiras conquistas da civilização Ocidental, elegendo a prudência como norte da ação judicante.

Edmund Burke afirmava que a “prudência não é apenas a primeira dentre todas as virtudes políticas e morais, ela é a guia, a reguladora, o padrão de todas as demais” (BURKE apud KIRK, 2013, p. 360). Thomas Sowell, por sua vez, explica o vocábulo como a “ponderação cuidadosa das compensações” (SOWELL, 2011, p.31). Logo, a concepção de prudência que se propõe tomará emprestado o sentido que a tradição conservadora deu ao termo.

Russell Kirk em sua obra “A Política da Prudência”, na qual sistematiza o conservadorismo, empresta ao vocábulo mais do que um sentido substantivo, mas uma postura. Fazendo referência a Platão, Kirk nos ensina que “ser “prudente” significa ser judicioso, cauto, sagaz” (KIRK, 2013, p.98). Ao alçar a prudência como princípio que guia o conservador, Kirk nos diz ainda que “qualquer medida pública deve ser julgada pelas suas consequências de longo prazo, não apenas por vantagens ou popularidade temporárias” (KIRK, 2013, p. 107). Tal postura revela, portanto, um essencial contraponto a ideologia, bem como um respeito à manutenção de uma ordem social pautada sobre uma ordem moral duradoura e um respeito a uma sabedoria acumulada nos resultados das tentativas e erros do passado, buscando a justa adequação entre os fins pretendidos e os meios utilizados.

Uma proposta de atuação da jurisdição, bem como do legislador, alicerçada sobre a prudência compreenderá um “agir somente após suficiente reflexão, tendo sopesado as consequências” (KIRK, 2013, p. 107). Logo, alçar a prudência à condição de guia do poder decisório, seja ele político, judiciário, individual ou coletivo, longe de caracterizar uma visão ideológica ou idealizada da mesma, é um resgate da virtude.

No Brasil houve apenas dois momentos de certa estabilidade política. O primeiro deles durante o império, o segundo com a redemocratização e a Constituição de 1988. No intervalo entre um e outro, uma verdadeira sucessão de golpes, revoluções e constituições outorgadas que atrasaram nossa história em algumas décadas, mas infelizmente somos reféns das consequências de escolhas nacionais feitas no passado.

Trabalhar aspectos do iluminismo segundo Himmelfarb nos permite finalizar este capítulo com uma reflexão acerca do que podemos extrair do que a autora chamou “sociologia da virtude”. Grande parte das rupturas que experimentamos em nossa história foram fundadas em algum postulado ideológico, diga-se, concebidos por um culto excêntrico à “razão”.

A Constituição Federal brasileira possui natureza conciliadora de modo que, em seu aspecto político será apreciada e ressaltada aqui e alhures por qualquer das visões políticas trabalhadas durante a pesquisa. Entretanto, além de ser nosso maior marco de legalidade, é a maior responsável pelas conquistas de uma ainda jovem democracia. Com a “consciência de que as coisas admiráveis são facilmente destruídas, mas não são facilmente criadas.” (SCRUTON, 2015, p. 9), a luta do operador do direito no Brasil deve ser pela reafirmação da Lei Maior de forma que a façamos vencer os testes do tempo, não congelando-a e tornando-a insensível a voz da sociedade civil e a realidade, mas reformando-a prudentemente para conservá-la em sua identidade cidadã, de modo que não mais sacrifiquemos o destino do nosso país no altar da ideologia.

CONCLUSÃO

Ao me propor a desenvolver uma análise crítica sobre o funcionalismo político, por este se tratar da intencionalidade e da razão finalística como sentido do direito, elegi como problema central da pesquisa o questionamento acerca das intenções e dos pressupostos ideológicos que orientam tal objetivo, para descobrir se a pressuposta superação da tradição ocidental, e do seu sistema jurídico era fato horizontal, ou seja, fenômeno que se originara na própria sociedade, ou se era advinda de retórica verticalizada por intelectuais comprometidos ideologicamente com este fim.

Para tanto, desenvolvi no primeiro capítulo uma investigação histórica do conceito de ideologia que entendi ser em última instância um conjunto de enunciados infalsificáveis, que não podem ser justificados de maneira objetiva e que provocam um descolamento com a realidade na relação observador-objeto. Além disso, satisfiz dois objetivos específicos da pesquisa ao Abordar diferentes aspectos do pensamento liberal e do conservadorismo, trazendo ao debate autores relevantes internacionalmente, porém pouco enfatizados pela academia brasileira. E, Concluí que através do desenvolvimento histórico do ideário socialista existe uma continuidade do movimento revolucionário desde o século XVIII e que a diferença basilar do marxismo tradicional para o neomarxismo reside, principalmente, na mudança dos meios de ação, na substituição do proletariado pelos oprimidos e espoliados.

Abordei, no segundo capítulo, o significado do funcionalismo político como ramo do funcionalismo jurídico que compreende o direito não pelo que ele é, como se faz tradicionalmente, mas pra que ele serve, sentidos estes que se adequam aos conceitos de Weber de racionalidade axiológica e finalística respectivamente. Comprometido ainda em seus resultados, sobretudo, com a ideologia neomarxista frankfurtiana, os ideólogos críticos concebem o direito como política pura para a consecução de seus objetivos ideológicos.

Após, adentrei na seara dos movimentos que concretizam as ideias neomarxistas em práticas, sendo os principais o *Critical Legal Studies*, o Uso Alternativo do Direito e o Direito Achado na Rua, e comparei-os entre si para extrair as similitudes existentes em seus meios de ação. Com base nessa análise confrontei-as à noções restritas de igualdade, liberdade, natureza humana e justiça social no terceiro capítulo demonstrando que seus pressupostos os conduzem a produzir resultados diversos do que dizem pretender na medida em que as

consequências previsíveis são: mais desigualdade entre Estado e povo, restrição à liberdades, concentração de poder e esfacelamento da própria justiça formal ensejando ainda mais arbitrariedades contra aqueles que em seu nome tal ideologia diz lutar.

A essa altura, como demonstrei os altos custos dos processos cujo raciocínio finalístico insiste em ignorar, já era possível atender a uma das hipóteses da pesquisa: Levando em consideração também, que o funcionalismo político se orienta para o resultado que quer produzir independentemente do processo, concluí que os custos não justificam a alternativa.

Dei seguimento ao terceiro capítulo me debruçando sobre o derradeiro problema da pesquisa que perguntava se seria possível estabelecer um diálogo entre as intenções “libertadoras” dos movimentos, a práxis revolucionária, os meios de ação política e a relação destes com o poder, e evidenciar os paradoxos e incongruências que surgem dessa análise, ao qual concluí efetivamente que sim. Os paradoxos e incongruências ficaram evidentes ao passo que discorri sobre a subversão do conceito de tolerância, a natureza acadêmica e não popular do Direito achado na rua, a estratégia dúbia de ataque e aparelhamento ideológico do Poder Judiciário como AIE, o empoderamento do juiz diante de sua postura ativista ao invés de emancipar o oprimido, incongruências estas que são consequências da dialética negativa da Escola de Frankfurt, que assim como o marxismo ortodoxo, desconstrói todo o conceito de civilização sem colocar efetivamente algo no lugar.

Dito isto e após conseguir traçar uma linha histórica que demonstra que os ideais revolucionários remontam ao iluminismo francês, manifestando-se na modernidade em diferentes sentidos, comprovei outra hipótese da pesquisa: considerando que o funcionalismo político, como classificação genérica dos vários movimentos que abrange, pressupõe o instrumental ideológico neomarxista e a práxis política progressista, concluí que, tanto o seu diagnóstico da realidade social, quanto sua solução, ou falta desta, não são suficientes para justificar e promover a transformação verticalizada da civilização ocidental com base em suas crenças em enunciados não justificados objetivamente.

E ainda, na hipótese sobre o ativismo no Brasil, considerando que o funcionalismo político no Brasil, surgiu em um contexto de redemocratização e afirmação da nova Constituição, concluí que, consolidada a nova república, a opção pelo pluralismo

jurídico e pelo direito alternativo enfraquece a democracia, no sentido que corroboram com a concentração de poder colocando em risco tudo o que foi conquistado pela positivação de demandas históricas na Carta Magna.

Por fim, ao concluir a pesquisa atendi a mais um objetivo específico quando propus uma atividade conservadora da justiça, com base na prática reformista, preservando as instituições democráticas, as liberdades e as limitações ao poder estatal, verdadeiras conquistas da civilização Ocidental, elegendo a prudência como norte da ação judicante, tendo em vista que o pressuposto da reforma é a própria conservação e que não se desperdiça um raro momento de quase trinta anos de Constituição na nossa história recente em função de dogmas ideológicos.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Ideologias e Aparelhos Ideológicos do Estado*. Lisboa. Editorial Presença / Martins Fontes. 1980.

COUTINHO, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Andréa de Paula. Org. *Ler Gramsci, Entender a Realidade*. Rio de Janeiro. 2003.

COUTINHO, João Pereira. *As Ideias Conservadoras explicadas a revolucionários e reacionários*. São Paulo. Três Estrelas. 2014.

CRESPIGNY, Anthony de; CRONIN, Jeremy; ed. por. *Ideologias Políticas*. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1999.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília. Brasília Jurídica. 2003

FREITAS FILHO, Roberto. *Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e Coerência das Decisões*. Brasília. Revista de Informação Legislativa a. 44 n. 175 jul./set. 2007.

GODOY, Arnaldo. *O Critical Legal Studies Movement De Roberto Mangabeira Unger: Um clássico da filosofia jurídica e política*. Brasília. Revista Jurídica da Presidência da República. 2006.

HEYWOOD, Andrew. *Ideologias Políticas: do liberalismo ao fascismo*. São Paulo. Ática. 2010.

HIMMELFARB, Gertrude. *Os Caminhos Para a Modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano*. São Paulo. É Realizações. 2011.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua: um projecto filosófico*. Coimbra. Lusosofia Press. 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo. Martins Fontes. 1998

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo. Martins Fontes. 1998

KIRK, Russell. *A Política da Prudência*. São Paulo. É Realizações. 2013.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo. Martins Fontes. 1998.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo. Editora Brasiliense. 2012.

MARCUSE, Herbert. *Tolerância Repressiva*. São Leopoldo. Revista Eletrônica do Núcleo de Estudos e Pesquisa do Protestantismo (NEPP) da Escola Superior de Teologia Volume 12. 2007

MARX, Karl; ENGELS, Friederich. *A Ideologia Alemã*. São Paulo. Martins Fontes. 1998.

MARX, Karl; ENGELS, Friederich. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo. Martin Claret. 2000.

MELGARÉ, Plínio. *A Autonomia Do Direito: apontamentos acerca do funcionalismo jurídico*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. 2005.

MISES, Ludwig Von. *Liberalismo*. São Paulo. Instituto Ludwig Von Mises. 2010.

NEVES, Antônio Castanheira. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema – Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Volume LXXIV, p. 1-44, 1998.

PAIM, Antônio. *Evolução Histórica do Liberalismo*. Belo Horizonte. Editora Itatiaia Limitada. 1987.

POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo. Martins Fontes. 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. São Paulo. Saraiva. 2002.

SADER, Emir. Org. *As Armas da Crítica: Antologia do pensamento de esquerda*. São Paulo. Boitempo Editorial. 2012

SEMERARO, Giovanni. *Intelectuais “Orgânicos” Em Tempos De Pós-Modernidade*. Campinas. Caderno Cedes, vol. 26, n. 70, p. 373-391. 2006

SCRUTON, Roger. *Como Ser Um Conservador*. Rio de Janeiro. Record. 2015.

SCRUTON, Roger. *Pensadores da Nova Esquerda*. São Paulo. É Realizações. 2014.

SOWELL, Thomas. *Conflito de Visões: origens ideológicas das lutas políticas*. São Paulo: É Realizações. 2012.

STRECK, Lenio. *Uma análise sociológica do direito*. São Leopoldo. Revista do Instituto Humanitas Unisinos nº 305, ano IX. p. 22-23. 2009.

VILLORO, Luis; *El Concepto de Ideología y otros ensayos*. México D. F. Fondo de Cultura Económica México. 1985

VOEGELIN, Eric. *Reflexões Autobiográficas*. São Paulo: É Realizações. 2007.

WIGGERSHAUS, Rolf. *A Escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política*. Rio de Janeiro. Difel. 2002.